

**Die Aufnahme vorkonstitutioneller Gesetze
in den Willen
des nachkonstitutionellen Gesetzgebers**

von
Willy Maier

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Aufnahme vorkonstitutioneller Gesetze
in den Willen
des nachkonstitutionellen Gesetzgebers

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu
Freiburg i.Br.

vorgelegt
von
Willy Maier

1964



Referent: Professor Dr. Ehmke

Korreferent: Professor Dr. Bullinger

Dekan: Professor Dr. Rittner

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Juni 1964

Meinen lieben Eltern

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
<u>Erster Abschnitt</u> : Die Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts	6
A. Das Urteil vom 24. Februar 1953	6
B. Kritik des Urteils vom 24. Februar 1953	11
I. Präzisierung des Art.100 Abs.1 GG	11
1. Der Wortlaut	11
2. Die Entstehungsgeschichte	13
a) Rückblick auf die Epoche der Weimarer Verfassung	13
b) Die Entstehungsgeschichte des Art.100 Abs.1 i.V.m. Art.126 GG	18
3. Dogmatische Prüfung	21
II. Kritik anhand anderer Grundsätze des Normenkontrollverfahrens	28
1. Die Selbstbeschränkung und des Prinzip des objektiven Verfahrens	28
2. Die Selbstbeschränkung und die Anerkennung überpositiven Rechts	30
C. Hintergründe der Selbstbeschränkung	35
I. Prozeßökonomische Erwägungen	35
II. Die Antinomie der Selbstbeschränkung	37
D. Begriffliche Ergänzung: Sonstige Verschiedenbehandlung des vorkonstitutionellen Rechts	38
I. Diskriminierung verfassungsrechtlicher Schutzklauseln	38
II. Beim Prüfungsrecht der Verwaltung	44

Zweiter Abschnitt: Die Abgrenzung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht	46
A. Die Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers als Abgrenzungskriterium des Bundesverfassungsgerichts	46
I. Die Rechtsprechung bis zum Beschluß vom 17. Mai 1960	47
1. Materialienforschung	47
2. Abzeichnung einer Wende?	52
II. Der Beschluß vom 17. Mai 1960	54
1. Die Zäsur	54
2. Prüfung des konkreten Ergebnisses	57
B. Kritische Betrachtung	62
I. Abgrenzung des Problems	62
II. Die Unbrauchbarkeit der subjektiven Auslegungsmethode	65
1. Unzugänglichkeit der Materialien	65
2. Die Eigenproblematik der Sitzungsberichte	66
3. Fragwürdigkeit der Auswertung von Ausschußniederschriften	69
a) Ausschuß- und Gesetzgeberwille	69
b) Nichtöffentlichkeit der Ausschußsitzungen	73
4. Ergebnis	74
5. Rechtspolitischer Exkurs: Die mittelbare Bestätigung als Problem der Gesetzgebungstechnik	75
III. Feststellung der mittelbaren Bestätigung nach der objektiven Methode	76
1. Anknüpfungspunkt: Gesetzestext	76
2. Logisch-systematische Auslegung	79
a) Grundsätzliche Bedenken	79
b) Der enge Sachzusammenhang	82
IV. Auflösung der Rechtsnorm in Kasuistik?	89
V. Methodologische Bedenken	94
1. Die Aufgabe der Auslegung	95
2. Anwendung der Auslegungsgrundsätze als methodischer Fehlgriff	98

Dritter Abschnitt: Lösungsversuch

Die gesetzgeberische Verantwortungs- übernahme für sämtliche Altnormen	101
A. Objektive Betrachtung der Gesetzesänderung	101
I. Die Methodik der Lösung	101
II. Die Zurechenbarkeit der geänderten vorkonstitu- tionellen Gesetze	103
1. Allgemein: Die Gesetzesänderung als Mittel der Gesetzgebungstechnik	103
2. Die Gesetzesänderung als mittelbare Bestätigung unveränderter Altnormen	104
a) Dargestellt am Beispiel der Neubekanntma- chungen durch die Exekutive	107
b) Das Rechtsbewußtsein der Staatsbürger	108
c) Änderungspflicht bei Verfassungswidrigkeit	109
d) Verstärkung des Rechtsscheins der Gültigkeit	110
III. Kein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum	112
1. Präzisierung des Begriffs	112
2. Wesen und Inhalt des Gestaltungsspielraums	116
a) Bruch mit der Lehre von der Souveränität des Gesetzgebers	116
b) Die Verfassungsordnung als Schranke der Gestaltungsfreiheit	118
3. Rechtsstaatliche Grundlegung der Lösung: Klarheitserfordernis staatlicher Gesetze	122
IV. Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit gesetzgebe- rischen Handelns	129
V. Ergebnis: Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungs- gerichts für alle geänderten vorkonstitutionellen Gesetze	135
B. Die Praktikabilität der Lösung	138
I. Vorteil der Klarheit	138
II. Einzelprobleme	139
III. Einzige Einschränkung	141
Zusammenfassung und Ausblick	143

Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard Die Verfassungsurkunde für den
Preußischen Staat, Berlin 1912
- Deutsches Staatsrecht, in: Enzyklopädie
der Rechtswissenschaft, herausgegeben
von Holtzendorff-Kohler, Bd.4, 7. Aufl.
München-Leipzig-Berlin 1914
- Diskussionsbeitrag zu dem Referat Erich
Kaufmanns, Die Gleichheit vor dem Gesetz,
in: VVDStRL Heft 3 (1927), S.47 ff.
- Besprechung von Otto Mainzer, Gleichheit
vor dem Gesetz, JW 1930, S.2915 f.
- Die Verfassung des Deutschen Reiches vom
11. August 1919, Kommentar, Darmstadt
1960 (Unveränderter fotomechanischer
Nachdruck der 14. Auflage, erschienen
1932 zu Berlin)
- Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd.1
und 2, Tübingen 1930/32, in: Das öffent-
liche Recht der Gegenwart, Bd.28 und 29
- Apelt, Willibalt Die Gesetzgebungstechnik, München 1950,
in: Heft 5 der Schriftenreihe der Hoch-
schule für politische Wissenschaften München
- Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art.3
Abs.1 des Grundgesetzes, JZ 1951, S.353 ff.
- Erstreckt sich das richterliche Prüfungs-
recht auf Verfassungsnormen?, NJW 1952,
S.1 ff. und S.733
- Arndt, Adolf Vollstreckbarkeit verfassungswidriger
(Steuer-) Gesetze?, BB 1959, S.533 ff.
- Nochmals: Welche Folge hat die Verfassungs-
widrigkeit eines Gesetzes für einen darauf
gestützten Verwaltungsakt? - Angebliche
Rückwirkung verfassungsgerichtlicher Ent-
scheidungen, NJW 1959, S.2145 ff.
- Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom
5. Juli 1960, JZ 1961, S.289 f.
- Asal, Karl Naturschutz und Rechtsprechung, Krefeld
1958
- Bachof, Otto Verfassungswidrige Verfassungsnormen?
in: Recht und Staat 163/164, Tübingen 1951
- Zur Auslegung des Art.100 Abs.1 GG (Ein
Beitrag zur richterlichen Prüfungszuständig-
keit nach dem Grundgesetz), DVBl 1951, S.13

- Bachof, Otto Nochmals: Zur Auslegung des Art.100 Abs.1 GG, DVBl 1951, S.110
Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Laforet 1952, S.285 ff.
Zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen, NJW 1952, S.242
Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 4. Februar 1952, DVBl 1952, S.411 ff.
Zur Bedeutung des Entschädigungs-Junctims in Enteignungsgesetzen, DÖV 1954, S.592 ff.
Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 17. Januar 1957, JZ 1957, S.272 ff.
Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR 87, S.1 ff.
- Bargou, Hermann Ernst Untersuchungen zur Normenprüfung nach dem Bonner Grundgesetz und dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Wesen, Wirkungen, Zuständigkeiten, Diss. Erlangen 1954
- Baumgarten, Arthur Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Bern 1939
- Beling, Ernst Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, in: Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Arthur Benno Schmidt, Beilageheft zum 13. Band des Archivs für die civilistische Praxis, Tübingen 1931, S.1 ff.
- Bender, Bernd Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, S.593 ff.
- Benz, Eberhard Ausführung verfassungswidriger Gesetze, Bad.-Württ. VerwBl 1960, S.7 f.
- Bettermann, Karl August Die Verordnung über Ausnahmen vom Mieterschutz vom 27. 11. 1951. Darstellung und Kritik, MDR 1952, S.1 ff.
- Betti, Emilio Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, Giuffrè, 1949
Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: Festschrift für Ernst Rabel, Tübingen 1954, Bd.2, S.79 ff.
- Bierling, Ernst Rudolf Juristische Prinzipienlehre, Bd.I, 1894; Bd.II, 1898; Bd.III, 1905; Bd.IV, 1911; Bd.V, 1917, Neudruck 1961

- Binding, Karl Handbuch des Strafrechts, 1. Bd., Leipzig 1885
- Boeckh, August Encyklopädie und Methodologie der philosophischen Wissenschaften, herausgegeben von Ernst Bratuschek, 2. Auflage Leipzig 1886
- Boehmer, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung 2. Buch, 1. Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951
- Bopp, Hermann Die Zuständigkeit der Verfassungsgerichte zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bzw. der Landesverfassungen erlassenen Rechtsnormen nach Bundesrecht, Diss. Tübingen 1952
- Bosch, Friedrich-Wilhelm Bemerkungen zum "Gleichberechtigungsgesetz", FamRZ 1957, S.189 ff.
- v. Brentano, Heinrich Schriftlicher Bericht zum Abschnitt XI des Entwurfs des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, in: Parlamentarischer Rat - Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, S.61 ff., Bonn 1948/49
- Burckhardt, Walther Methode und System des Rechts, Zürich 1936
- Dietze, Hans-Helmuth Naturrecht aus Blut und Boden, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1936, S.818ff.
- Dürig, Günter Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79, S.57 ff.
- Ehmke, Horst Grenzen der Verfassungsänderung, München-Berlin 1953
- "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in: Recht und Staat, Heft 230/231, Tübingen 1960
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Auflage Tübingen 1959
- Erdsiek Betrachtungen zum englischen und deutschen Rechtsdenken, MDR 1947, S.192 f.

- Eschenburg, Theodor Staat und Gesellschaft in Deutschland, 3. Auflage, Stuttgart 1956
- Esser, Josef Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, Wien 1949
- Die Interpretation im Recht, Studium Generale 1954, S.372 ff.
- Feigenspan, Rolf Das richterliche Prüfungsrecht, Diss. Leipzig 1933
- Figge Der neueste Stand der Lehre von der inzipienten Normenkontrolle, MDR 1953, S.391 ff.
- Flad, Wolfgang Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution, in: Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.4, Heidelberg 1929
- Forsthoff, Ernst Der totale Staat, Hamburg 1933
- Über Maßnahmegesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S.221 ff.
- Zur neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1956, S.513 ff.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd.: Allgemeiner Teil, 7. Auflage 1958
- Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S.35 ff.
- Zur Problematik der Verfassungsauslegung, in: res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd.7, Stuttgart 1961
- Freisler, Roland Richter und Gesetz, in: Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, Bd.1, Nr.17, Berlin 1936
- Fuss, Ernst-Werner Gleichheitssatz und Richtermacht. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.3 GG, JZ 1959, S.329 ff.
- Gadamer, Hans-Georg Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen 1960
- Gehlen, Arnold Zur Problematik des Sozialstaates, in: Hessische Hochschulwochen, 11.Bd. 1956, S.51 ff.
- Geiger, Willi Die Beziehungen zwischen der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und der übrigen Gerichtsbarkeit im Bunde auf Grund des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, DRiZ 1951, S.172 ff.

- Geiger, Willi Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, DÖV 1952, S.481 ff.
Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952
- Gény, Francois Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2^e ed. 1919
- Germann, Oskar Adolf Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950
- Götz, Heinrich Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, NJW 1960, S.1177 ff.
- Grau, Richard Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen, AöR 50, S.287 ff.
- Grossart, Hansgeorg Richterliches Prüfungsrecht und Artikel 100 Absatz 1 des Bonner Grundgesetzes, Diss. Marburg 1956
- Haas, Diether Eigentum und Enteignung, MDR 1951, S.650 ff.
- Hamann, Andreas Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW 1955, S.969 ff.
Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, NJW 1959, S.1465 ff.
Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Auflage 1960
- Hedemann, Justus Wilhelm Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik, in: Festschrift für Walter Schmidt-Kimpler, Karlsruhe 1957, S.23 ff.
- Henrichs, Wilhelm Keine Verfassungsbeschwerde wegen angeblich zu Unrecht angeordneter Blutentnahme nach § 372 a ZPO? FamRZ 1956, S.274 f.
- Hensel, Albert Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2.Bd., S.313 ff.
- Herholz, Felix Bestätigung vorkonstitutioneller Vorschriften durch den Gesetzgeber, DÖV 1959, S.371 ff.
Bestätigung vorkonstitutioneller Vorschriften durch den Gesetzgeber. Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Mai 1960, DÖV 1960, S.772 ff.
- Hesse, Konrad Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77, S.167 ff.
- v. Hippel, Ernst Sind sittenwidrige Gesetze ungültig? DJZ 1928, Sp.1517 ff.
Über die Verbindlichkeit der Gesetze, AöR 57, S.86 ff.

- v. Hippel, Ernst Das richterliche Prüfungsrecht, in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2.Bd., S.546 ff.
- Hoffmann, Gerhard Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, S.193 ff.
- Hollerbach, Alexander Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", in der Festschrift für Carl Schmitt, AöR 85, S.241 ff.
- v. Holstein, H. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof zur Gültigkeit einer VO, MDR 1949, S.98
- Huber, Ernst Rudolf Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches 2. Auflage der "Verfassung", Hamburg 1939
- Huber, Herbert Die konkrete Normenkontrolle gemäß Art.100 Abs.1 GG in der Gerichtspraxis, Diss. München 1954
- Hueber, Hermann Das "richterliche Prüfungsrecht" gegenüber Bayerischen Verfassungsnormen, Diss. Würzburg 1958
- Hufnagl, Franz Zur Auslegung des Art.100 I GG, DVBl 1951, S.277 ff.
- van Husen, Paulus Die Entfesselung der Dritten Gewalt, Referat auf der Tagung der Oberverwaltungsgerichtspräsidenten in Stuttgart im September 1951, abgedr. in AöR 78, S.49 ff.
- Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel und Stuttgart 1954
- Ipsen, Hans Peter Die Staatsformen, Basel 1959
- Ipsen, Hans Peter Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DV 1949, S.486 ff.
- Die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, in: Beiträge zum öffentlichen Recht, herausgegeben von Ernst Wolff, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin und Tübingen 1950, S.791 ff.
- Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL Heft 10 (1952), S.74 ff.
- Jähn, Günter Richterliches Prüfungsrecht. Eine rechts-historische und rechtsvergleichende Darstellung des Institutes der Normenkontrolle, Diss. Frankfurt 1955
- Jahrreiss, Hermann Mensch und Staat. Rechtsphilosophische, staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen unserer Zeit, Köln - Berlin 1957

- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung, Tübingen 1919, anastatischer Neudruck der Ausgabe von 1887
- Jellinek, Walter Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913
- Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht, JW 1925, S.454 f.
- Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 3. durchgesehener Abdruck Leipzig und Berlin 1927
- Das richterliche Prüfungsrecht in den drei Ländern der amerikanischen Zone, in: Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, Hamburg 1948, S.268 ff.
- Hermann von Mangoldt - Reden zu seinem Gedächtnis, Veröffentlichung der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft NF Nr.6, Kiel 1953, S.10 ff.
- Jerusalem, Franz W. Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, SJZ 1950, Sp.1 ff.
- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, S.163 ff.
- Jung Neues Einkommensteuerrecht. A) Die Nichtigkeit von Vorschriften über die Ehegattenbesteuerung, WM Teil IV B Nr.10 vom 9. März 1957, S.346 ff.
- Kägi, Werner Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945
- Kaufmann, Erich Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, Tübingen 1921
- Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art.109 der Reichsverfassung, VVDStRL Heft 3 (1927), S.2 ff.
- Zur Problematik des Volkswillens, in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft 17, (1931)
- Kelsen, Hans Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin 1928
- Reine Rechtslehre, 1. Auflage Leipzig und Wien 1934, 2. Auflage Wien 1960
- Klein, Friedrich Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Ehegattenbesteuerung in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1957, S.567 ff.
- Bundesverfassungsgericht und Ehegattenbesteuerung, FinArch. NF Bd.18, 1957/58, S.236 ff.

- Kleinrahm, Kurt Der Kompetenzübergang nach Art.129 Abs.1 des Grundgesetzes, DÖV 1952, S. 104 ff.
Gesetzgebungshilfsdienst für deutsche Parlamente? Zur Ontologie der gesetzgeberischen Willensbildung, AöR 79, S.137 ff.
- Kohler, Josef Über die Interpretation von Gesetzen, Grünhuts Zeitschrift XIII Bd. 1886, Sl ff.
Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts, ARuWPh, Bd.10 (1916) S.235 ff.
- Kronstein, Heinrich Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht. Eine Antrittsvorlesung, Karlsruhe 1957
- Krüger, Herbert Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950
Rechtsfragen der Sozialisierung in Hessen, AöR 77, S.46 ff.
Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 1956, S.550 ff.
- Krüger, Hildegard Der Begriff des vorlagefähigen ("konstitutionellen") Gesetzes nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1953, S.1737 f.
Kritische Bemerkungen zur Gesetzgebungstechnik, DVBl 1956, S.711 f.
- Krüger-Breetzke-Nowack Kommentar zum Gleichberechtigungsgesetz, München und Berlin 1958
- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5 Bände, 5. Auflage, Tübingen 1911
- Lange, Hans-Richard Das Bundesverfassungsgericht und die "Willensaufnahme durch den Gesetzgeber", NJW 1962, S.893 ff.
- Lange, Heinrich Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 114
- Langel, Wolfgang Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch Gerichte und Parlamente, Diss. Saarbrücken 1957
- Larenz, Karl Volksgeist und Recht, in: Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie, Bd. 1, 1935, S.40 ff.
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, in: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, begr. von Franz v. Liszt und W. Kaskel, hg. von W. Kunkel, H. Peters, E.Preiser - Abt. Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960

- Laun, Rudolf Recht und Sittlichkeit, 2. Auflage, Hamburg 1927
- Lechner, Hans Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kurz-Kommentar, München und Berlin 1954
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 9. Auflage, Berlin 1955
- Leibholz, Gerhard Die Gleichheit vor dem Gesetz, Berlin 1925 in: Öffentlich-rechtliche Abhandlungen, Heft 6
- Leisner, Walter Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBl 1951, S.193 ff.
- Lerche, Peter Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, DÖV 1961, S.641 ff.
- Lerche, Peter Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes, DVBl 1958, S.524 ff.
- Lerche, Peter Artikel "Ermessen" in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hg. von der Görres-Gesellschaft, 6. Auflage Freiburg 1959, 3. Bd.
- Liver, Peter Der Wille des Gesetzes. Rektoratsrede. Dies academicus, 28. November 1953, Bern 1954
- Maier, H. Nochmals: § 401 RABgO ist mit dem rechtsstaatsprinzip unvereinbar, NJW 1959, S.182 ff.
- Maisch Nochmals: Zur Frage der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts, NJW 1959, S.1475 ff.
- Mallmann Anmerkung zur Entscheidung des Badischen Obergesamtsamtes Freiburg vom 18. Juli 1950, DRZ 1950, S.411 ff.
- v. Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Frankfurt 1953
- v. Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Auflage 1957
- Manigk, Alfred Artikel "Auslegung" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hg. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, Bd.I Berlin und Leipzig 1926, S.428 ff.
- Marcic, René Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht, Wien 1957
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1959
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1960
- Meier-Hayoz, Arthur Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung, Schweizerische Juristenzeitung 1956 (52. Jahrgang), S.173 ff.

- Menger, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 52 (1961), S.305 ff.
 Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL Heft 15 (1957), S.3 ff.
- Merkel, Adolf Juristische Encyclopädie, 3. Auflage, hg. von Rudolf Merkel, Berlin 1904
- Michel, Hermann Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, NJW 1960, S.841 ff.
- Morstein-Marx, Fritz Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin 1927
- Müller, Hanswerner Neuverkündung von Gesetzen, DVBl 1962, S.841 ff.
- Müller, Horst-Joachim Die Zuständigkeit zur Gesetzeskontrolle nach dem Grundgesetz. Untersuchungen über Umfang und Maßstäbe des richterlichen Prüfungsrechts unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Hamburg 1959
- Muth, Heinrich Die Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Geschichte in Wissenschaft und Unterricht, 2. Jahrg. 1951, S.654 ff.
- Nawiascky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage, Zürich 1948
- Nelson, Leonhard Die Rechtswissenschaft ohne Recht, Leipzig 1917
- Oswald Vor- oder nachkonstitutionelles Recht? DVBl 1958, S.563 ff.
- Partsch, Karl Josef Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL Heft 16 (1958), S.74 ff.
- Paulick, Heinz Stellt die Zusammenveranlagungsvorschrift des § 26 EStG sog. vorkonstitutionelles Recht dar, das nicht der Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren nach Art.100 Abs.1 GG unterliegt? FamRZ 1956, S.47 ff.
- Pohle, Rudolf Das neue einheitliche Zivilprozeßrecht, MDR 1950, S.642 ff.
- Quaritsch Das parlamentslose Parlamentsgesetz, in: Hamburger Öffentlich-rechtliche Nebentunden, Bd.5, 2. Auflage 1961, S.18 ff.
- Radbruch, Gustav Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914

- Radbruch, Gustav Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage, Leipzig 1929
Rechtsphilosophie 4. Auflage 1950
- Ratuschny, Walter Zur Umwandlung von vorkonstitutionellem in nachkonstitutionelles Recht, BayVBl 1959, S.238 ff.
- Reichel, Hans Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Festgabe für Rudolf Stammeler zum 70. Geburtstag, Berlin und Leipzig 1926, S.281 ff.
- Reinhardt-Scheuner Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen von Rudolf Reinhardt und Ulrich Scheuner, Tübingen 1954
- Röhl, Hellmut Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art.19 Abs.1 Satz 2 des Grundgesetzes, AöR 81, S.195 ff.
- Rönitz, Dieter Nochmals: Die Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, NJW 1960, S.226 ff.
- Rubarth, Werner Zur Rechtsgültigkeit der Preisverordnungen, NJW 1952, S.957 ff.
- Rudolf, Walter Entschädigungspflicht für vorkonstitutionelle Enteignungen, DÖV 1959, S.674 ff.
- Rümelin, Max Die Gleichheit vor dem Gesetz, Tübingen 1928
- Rümelin Ist der § 401 AO vorkonstitutionelles Recht? ZfZ 1959, S.329 ff.
- Sauer, Wilhelm Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften, Stuttgart 1940
- Schack, Friedrich Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung unter besonderer Berücksichtigung Preußens und des Deutschen Reiches, Berlin 1918
Zur richterlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen im neuen Reichs- und preußischen Recht, AöR 41, S.163 ff.
- Schäfer, Hans Anmerkung zum Beschluß des OLG Neustadt/Weinstraße vom 31. Oktober 1950, DVBl 1951, S.321 ff.
Zwischenbilanz der konkreten Normenkontrolle nach Art.170 Abs.1 GG, NJW 1954, S.1 ff.
- Schätzkel, Walter Die neue rheinisch-pfälzische Verfassung, DRZ 1947, S.245 ff.

- Schätzel, Walter Gegenwartsfragen des richterlichen Prüfungsrechts, NJW 1947/48, S.450 ff.
- Scheuner, Ulrich Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S.253 ff.
- Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, DVBl 1952, S.293 ff.
- Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, Vortrag, gehalten am 20. Mai 1960 vor der Mitgliederversammlung der kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung in Herford, abgedruckt in: DÖV 1960, S.601 ff.
- Schmidt, Karl Zur Frage der Weitergeltung "vorkonstitutioneller" Ermächtigungen, NJW 1952, S.1239 ff.
- Schmitt, Carl Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912
- Der Hüter der Verfassung, AöR 55, S.161 ff.
- Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), 1.Bd.: Öffentliches Recht, S.154 ff., Berlin und Leipzig 1929
- Der Hüter der Verfassung, in: Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart, Bd. 1, Tübingen 1931
- Staat, Bewegung, Volk, 2. Auflage, Hamburg 1933
- Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934
- Schneider, Hans Gerichtsfreie Hoheitsakte, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 160/161, Tübingen 1951
- Schürmann, Walter Rechtsstaatsprinzip und Steuerstrafrecht, BB 1960, S.493 ff.
- Schweiger, Karl Rechtsverordnung im formellen Sinn? DÖV 1955, S.360 ff.
- Siebert, Wolfgang Die Methode der Gesetzesauslegung..Erläutert an § 34 des Niedersächsischen Arbeitsschutzgesetzes für Jugendliche. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von regelmäßiger Arbeitszeit und Mehrarbeit, Heidelberg 1958

- Sievers, Ernst-R. Das Normenkontrollverfahren nach Art.100 Abs.1 GG bei geänderten vorkonstitutionellen Gesetzen, DRiZ 1957, S.78 ff.
- Smend, Rudolf Zu Erich Kaufmanns wissenschaftlichem Werk, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S.391 ff.
- Sonderland, Max Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen nach Reichs- und preussischem Staatsrecht, Diss. Köln 1932
- Stammler, Rudolf Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902
Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911
Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1922
Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 5. Auflage Berlin und Leipzig 1924
- Stern, Klaus Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts, Diss. München 1956
- Stier-Somlo, Fritz Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, 1. Bd., Berlin und Leipzig 1924
- Stratenwerth, Günter Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, Tübingen 1958
- Thöl, Heinrich Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851
- Thoma, Richard Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 43, S.267 ff.
Grundrechte und Polizeigewalt, in: Festgabe für das Preußische Oberverwaltungsgericht 1925, S.184 ff.
Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1925, Sp. 573 f.
Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, hg. von H.C. Nipperdey, 1.Bd., Berlin 1929
- Thomas, Werner Vor- oder nachkonstitutionelles Recht, DVBl 1959, S.203 f.
- Tietz, Edwin Anmerkung zur Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofes vom 4. August 1950, AöR 77, S.333 ff.
- Tischbein, H. Nachprüfbarkeit des Besatzungsrechts durch deutsche Gerichte, NJW 1955, S.1179 ff.

- Ule, Carl Hermann Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff. Vortrag auf der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten vom 18. Oktober 1954, abgedr. in: Staatszeitung Rheinland-Pfalz vom 19. Dezember 1954, Nr. 51, S. 11
Anmerkung zum Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Juli 1956, DVBl 1957, S. 177 f.
- Vangerow Erläuterungen zur Rechtsprechung, A. Zur Einkommensteuer, Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 1957, Stuw 1957, Sp. 259 ff.
- Wach, Adolf Handbuch des Civilprozessrechts, 1. Bd., Leipzig 1885
- Wattendorf, Gudrun Das richterliche Prüfungsrecht nach dem Verfassungsrecht der deutschen Länder seit 1945, Diss. Heidelberg 1955 .
- Weber, Werner Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Bd. Berlin 1954, S. 331 ff.
Die Entschädigungspflicht bei Naturschutzmaßnahmen, DVBl 1955, S. 40 ff.
Zur Gültigkeit des Preisgesetzes, DÖV 1957, S. 33 ff.
- Wehrhahn, Herbert Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL Heft 15 (1957), S. 35 ff.
- Weitnauer, Hermann Die Verordnung über Ausnahmen vom Mieterschutz vom 27. November 1951. Eine Entgegnung, MDR 1952, S. 65 ff.
- Welzel, Hans Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 279 ff.
- Wessel, Franz Überleitung der Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen, allgemeinen Verwaltungsvorschriften sowie zur Vornahme von Verwaltungsakten nach Art. 129 GG, S.JZ 1949, Sp. 805 ff.
- Wittmayer, Leo Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1922
- Wolf, Erik Besprechung von Peter Liver: Der Wille des Gesetzes, AöR 80, S. 489 f.
- Wolff, Bernhard Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR 78, S. 194 ff.
- Wolff, Ernst Die Freiheit als Rechtsbegriff, JR 1950, S. 737 ff.
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, München und Berlin 1956

- Zeidler, Karl Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Oktober 1959, DÖV 1960, S.23 ff.
- Maßnahmegesetz und "klassisches" Gesetz, Karlsruhe 1961
- Zinn, Georg August Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Referat zum 37. Deutschen Juristentag am 17. September 1949 in Köln, in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, Tübingen 1950, S.46 ff.
- Zinn-Stein Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, 1.Bd. Bad Homburg und Berlin 1954
- Zweigert, Konrad Juristische Interpretation, Studium generale 1954, S.380 ff.

Abkürzungsverzeichnis

AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARuWPh	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
Bad.-Württ. VerwBl	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt, Landesbeilage zu DÖV
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar zum GG
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung, Zeitschrift seit 1948
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
FinArch	Finanzarchiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HDStR	Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2 Bände, Tübingen 1930/32
JbÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PR	Parlamentarischer Rat
PSstG	Personenstandsgesetz
RAO	Reichsabgabenordnung
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVO	Reichsversicherungsordnung
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StuW	Steuer und Wirtschaft
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGHE	Sammlung der Entscheidungen des BayVerfGH usw.
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wirtschaftliche Mitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Einleitung

Art. 100 Abs. 1 GG setzt durch das Bekenntnis zu einem richterlichen Prüfungsrecht den Schlußstein hinter die Entwicklung eines Streites, dessen Anfänge in die Zeit der Monarchie, und zwar in das 19. Jahrhundert fallen. Die Frage, ob die Gerichte zur Prüfung von Rechtsnormen berufen sein sollen, wurde in der Kaiserzeit von der Rechtsprechung hinsichtlich formeller Gesetze verneint¹⁾, was die Rechtsverordnungen anbelangt dagegen bejaht²⁾. Einem umfassenden Prüfungsrecht der Gerichte stünde, so glaubte man damals, das Gewaltenteilungsprinzip entgegen, weshalb diese Befugnis nur der Legislative selbst überlassen bleiben könne³⁾. Ihren Niederschlag fand diese Auffassung in der preussischen Verfassung vom Jahre 1850⁴⁾. Vor allem aufgrund des Schweigens der Reichsverfassung vom Jahre 1871 entzündete sich in der Literatur der Streit um das Für und Wider des richterlichen Prüfungsrechts stets von neuem und wurde so zum "Lieblingsthema der deutschen Jurisprudenz"⁵⁾.

-
- 1) RG, Urt. v. 17. Februar 1883, RGZ 9, S.232 (235) im Anschluß an die Ausfertigungstheorie Labands - vgl. Staatsrecht 2. Bd. S.44 ff.
 - 2) Urt. v. 28. März 1889, RGZ 24, S.1 (3), ferner RGZ 43, S.413 (421 f.), vgl. hierzu Figge, MDR 1953, S.391.
 - 3) Hierzu Schätzel in DRZ 1947, S.245 (248). Später wies E. von Hippel (HDStR 2. Bd. S.553) auf die in dieser Argumentation steckende *petitio principii* hin: Wegen der historischen Natur des Rechtsbegriffes "Gewaltenteilung" lässt sich daraus "gleich 'zwingend' das richterliche Prüfungsrecht 'beweisen' und 'widerlegen'".
 - 4) Art. 106: "Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern den Kammern zu."
 - 5) G. Jellinek, Gesetz und Verordnung S.397. Zur Literatur in dieser Zeit vgl. die Angaben bei Schack, Prüfung der Rechtmässigkeit von Gesetz und Verordnung.

Während der Weimarer Zeit gewann die in den Vereinigten Staaten schon seit langem vertretene Auffassung mehr und mehr an Einfluß, die Gerichte seien zur Prüfung aller Rechtsnormen berufen¹⁾. Die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht wurde so ein "ausgesprochenes Modeproblem des Staatsrechts"²⁾ und die Literatur zu dieser Streitfrage wurde mit Recht als "uferlos"³⁾ bezeichnet⁴⁾. Einigkeit herrschte über die Frage der Prüfung von Rechtsverordnungen, welche Befugnis den Gerichten allgemein zugesprochen wurde⁵⁾. Das Reichsgericht vollzog dann in dem berühmten Urteil vom 28. April 1921⁶⁾ den großen Sprung nach vorn, indem es überraschend feststellte, es habe in ständiger Rechtsprechung die richterliche Prüfungszuständigkeit auch gegenüber (formellen) Gesetzen angenommen. Die Schwenkung der Rechtsprechung blieb nicht ohne Kritik und namhafte Gegner des richterlichen Prüfungsrechts wandten sich energisch gegen diese Erweiterung⁷⁾. Den Forderungen des 34. Deutschen Juristentages nach einer Zentralisation des Prüfungsrechts beim Staatsgerichtshof⁸⁾ trug dann der (Regierungs-) "Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsrecht" vom Jahre 1926⁹⁾ Rechnung. Nach § 6 dieses Entwurfs sollte ein Gericht, wenn es eine von ihm anzu-

1) Schätzel, DRZ 1947, S.245 (248)

2) Morstein-Marx, Variationen S.5

3) Schack, AöR 41, S.163 (165)

4) Vgl. die Übersicht bei Morstein-Marx a.a.O. S.65, sowie bei Sonderland S.28 - 31 und bei Feigenspan S.30 - 32

5) Stier-Somlo, Reichs- und Landesstaatsrecht
1. Bd., S.679

6) RGZ 102, S.161 (164); später RG, Urt. v. 8. Dezember 1923, RGZ 107, S.377 (379) und RG, Urt. v. 4. November 1925, RGZ 111, S.320 (323)

7) So Anschütz, Kommentar zur RV, Anm. 5 zu Art. 70; Thoma, AöR 43, S.267 (274ff.);
W. Jellinek, Verfassung u. Verwaltung S.104 und in JW 1925, S.454, wo er vom "Märchen" der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen durch das RG spricht.

8) Vgl. Verhandlungen des 34. Dt. Juristentages
2. Band, S.208 f., u. S.214ff.

9) RT - Drucks. Nr. 2855 S.3 - III. Wahlp. 1924/26.

wendende, nach Inkrafttreten der Reichsverfassung als Gesetz oder Verordnung verkündete Rechtsnorm für rechtswidrig hielt, das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Staatsgerichtshofes über diese Frage einholen. In dieser Form wurde der Entwurf zwar vom Reichsrat am 11. Dezember 1926 einstimmig gebilligt, gelangte jedoch im Reichstag nicht mehr zur Verhandlung. Im Jahre 1928 brachte die Reichsregierung nochmals den gleichen Entwurf ein¹⁾, jedoch kam es auch diesmal nicht zur endgültigen Annahme.

In den Jahren nach 1933 wurde das richterliche Prüfungsrecht allgemein verneint²⁾. Die autoritäre Staatsauffassung duldete keinen Unterschied zwischen Verfassung, Gesetz, Verordnung, Befehl und Erlaß³⁾ und der Richter hatte als "Wahrer des Rechts" lediglich den Willen des Führers gegen jede Antastung zu verteidigen⁴⁾. Eine Kontrolle, wie sie das richterliche Prüfungsrecht beinhaltet, war auch nicht denkbar, da der "Führer" sowohl die Rolle des obersten Gesetzgebers wie auch diejenige des höchsten Richters in seiner Person vereinigte.

Als nach dem Zusammenbruch der Diktatur sich in den deutschen Ländern wieder langsam ein geordnetes Verfassungs- und Rechtsleben entfaltete, ging man, nicht zuletzt belehrt durch die jüngste Vergangenheit und entsprechend einem sich hieraus ergebenden Mißtrauen gegenüber einer Übermacht der Legislative, an die Positivierung des richterlichen Prüfungsrechts⁵⁾.

1) RT-Drucks Nr. 382 - IV. Wahlp. 1928

2) BVerfG, Urt.v.20. März 1952, JZ 1952, S.269 (270)
= BVerfGE 1, S.184 (194)

3) Schätzel, NJW 1947/48, S.450

4) Vgl. dazu E.R. Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S.282.

5) Vgl. in den Landesverfassungen von Baden Art. 114, Bayern Art. 92 i.V.m. Art. 65, Bremen Art. 142, Hamburg Art. 64 Abs. 2 u. 65 Abs. 2 Ziff. 4, Hessen Art. 133, Niedersachsen Art. 42 Abs. 1 Ziff. 3, Nordrhein-Westfalen Art. 75, Rheinland-Pfalz Art. 130 Abs. 3, Schleswig-Holstein Art. 37, Württemberg-Baden Art. 92, Württemberg-Hohenzollern Art. 62.
Hierzu vgl. BVerfG, Urt.v. 23. März 1952, JZ 1952, S.269.

Auch das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 anerkannte in seinem "Streben nach optimaler Rechtsnormativität"¹⁾ das richterliche Prüfungsrecht und überantwortete so der Rechtsprechung ein hohes Maß an Verantwortung für den Bestand des demokratischen Staatsaufbaues. Durch diese umfassende Justiziabilisierung im Zusammenhang mit der Aktualisierung der Grundrechte²⁾ wurde der Schritt "vom Gesetzesstaat zum Richterstaat"³⁾ vollzogen, und die Kontroverse über die Bejahung und Verneinung der richterlichen Prüfungszuständigkeit - einst von Laband als "unpraktische Doktorfragen" abgetan⁴⁾ - wurde durch den Spruch des Verfassungsgebers für das geltende Recht beendet. Art. 100 Abs. 1 GG geht von der Zuständigkeit der Prozeßgerichte zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen aus und statuiert gleichzeitig ein Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bzw. des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des betreffenden Landes.

Aus dem Problemkreis des Art. 100 Abs. 1 GG⁵⁾ soll im folgenden eine in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelte Einzelfrage einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

Schon bald nach Aufnahme seiner Tätigkeit schränkte das Bundesverfassungsgericht sein negatives Entscheidungsmonopol in bestimmter Richtung ein, indem es die selbständige Verwerfungskompetenz der Prozessgerichte hinsichtlich solcher Gesetze proklamierte, die vor Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes, also vor dem 24. Mai 1949, verkündet wurden⁶⁾. Es schuf damit den Begriff des sog. vorkonstitutionellen Rechts. Der Streit über die Berechtigung und über die Konsequenzen

1) Grossart S.1

2) Art.1 Abs.3 GG

3) Vgl. das gleichnamige Werk von Marcic, insbes.S. 336 ff.

4) Staatsrecht 2. Bd. S.47

5) An neueren Einzeldarstellungen zum richterlichen Prüfungsrecht als solchem vgl. die Dissertationen von Bargou, Grossart, Huber, Jähn, Langel, Müller u. Wattendorf.

6) Urt. v. 24. Februar 1953, BVerfGE 2, 124 (128).

dieser Verschiedenbehandlung alter und neuer Normen ist noch nicht abgeflaut¹⁾. Obwohl bereits gegen diese Zweiteilung des geltenden Rechts ernste Bedenken vorzutragen sind, ging das Bundesverfassungsgericht noch einen Schritt weiter. Die an sich klare Zäsur nach dem Verkündungsdatum eines Gesetzes erregte Zweifel hinsichtlich solcher Gesetze, die zwar am Stichtag des 24. Mai 1949 bereits in Kraft waren, jedoch vom Gesetzgeber des neuen Staatswesens zwischenzeitlich - teilweise - geändert worden sind. In derartigen Fällen sollen nach dem grundlegenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 1957²⁾ nicht nur die tatsächlich neuen Bestimmungen innerhalb des im ganzen vorkonstitutionellen Gesetzgebungswerkes, sondern auch diejenigen alten, d. h. nicht geänderten Normen der Kognition des Bundesverfassungsgerichts unterliegen, die der Gesetzgeber aus Anlass der Teiländerung mit "in seinen Willen aufgenommen hat"³⁾.

Die dogmatische Prüfung dieses Begriffs der Aufnahme vorkonstitutioneller Gesetze in den Willen des Bundesgesetzgebers soll Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Zur Klärung der Terminologie muß folgendes vorausgeschickt werden: In der Literatur wird neuerdings von der "Willensaufnahme" des Gesetzgebers gesprochen.⁴⁾ Von dieser Breviloquenz soll indessen hier abgegangen werden, da der Gesetzgeber nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht einen "Willen aufnimmt", sondern ein vorkonstitutionelles Gesetz "in seinen Willen aufnimmt". Diese Aufnahme eines Gesetzes in den Willen des Gesetzgebers bezeichnet einen legislatorischen Akt, einen Vorgang, dessen Ergebnis die - nicht ausdrückliche, aber mittelbare - Bestätigung eines vorkonstitutionellen Gesetzes ist. Es wird deshalb im folgenden immer dort, wo es nicht entscheidend auf den Vorgang selbst ankommt und der vollständige Sprachgebrauch des Bundesverfassungsgerichts verwendet wird, von der "mittelbaren Bestätigung" durch den Gesetzgeber gesprochen werden.

1) Vgl. hier die Dissertationen von Bopp und Hueber, Hermann, S. 30 ff.

2) BVerfGE 6, S. 55 (65 ff.)

3) BVerfG a.a.O.

4) Vgl. etwa Herholz, DÖV 1960, S. 772 (774); Krüger in Krüger-Breetzke-Nowack, S. 109; H.-R. Lange, NJW 1962, S. 893

Im übrigen muss die Arbeit, um den gegebenen Rahmen nicht zu sprengen, vom geltenden Recht ausgehen und deshalb auf eine rechtstheoretische Grundlegung des Instituts des richterlichen Prüfungsrechts verzichten. Die Verwurzelung der mittelbaren Bestätigung vorkonstitutioneller Normen in der Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts machen es allerdings erforderlich, zunächst die Problematik der Trennung des geltenden Rechts in vor- und nachkonstitutionelle Normen, deren Berechtigung und Hintergründe aufzurollen. Der dritte Abschnitt schließlich soll den Versuch eines eigenen Lösungsvorschlags zum Gegenstand haben.

1. Abschnitt: Die Selbstbeschränkung des Bundes-
verfassungsgerichts
=====

A. Das Urteil vom 24. Februar 1953¹⁾

Das Amtsgericht Tuttlingen hatte ein bei ihm anhängiges Verfahren ausgesetzt, da es der Ansicht war, die §§ 1 und 3 sowie der zweite Abschnitt des ersten Teiles der Handwerksordnung für Württemberg-Hohenzollern vom 5. November 1946²⁾ seien verfassungswidrig. Nach Art. 100 Abs. 1 GG wurde die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt.

Das Bundesverfassungsgericht verwarf jedoch die Vorlage des Amtsgerichts als unzulässig, da die Handwerksordnung vor Inkrafttreten des Grundgesetzes verkündet worden sei, und es sich der bereits früher vertretenen Auffassung³⁾ anschloss, in diesem Falle sei eine Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts nicht gegeben. Der 1. Senat knüpfte hier⁴⁾ an die bereits ein Jahr zuvor⁵⁾ von ihm aufgestellten Grundsätze für die Auslegung des Art. 100 Abs. 1 GG an. In jenem Urteil vom 20. März 1952 war ausgesprochen worden, im Rahmen des Art. 100 Abs. 1 GG sei es einmal "Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts zu verhüten, dass jedes einzelne Gericht sich über den Willen des Bundes- oder Landesgesetzgebers hinwegsetze, indem es die von ihm beschlossenen Gesetze nicht anwendet, weil sie nach Auffassung des Gerichts gegen das Grundgesetz oder die bundesstaatliche Rangordnung von Bundes- und Landesrecht verstossen."⁶⁾

1) BVerfGE 2, S.124 ff.

2) Rechtsanordnung zur Ordnung des Handwerks, erlassen vom Direktorium des Staatssekretariats für das französisch besetzte Gebiet Württembergs und Hohenzollerns (Amtsbl. 1947, S.1 ff.)

3) Vgl. Bachof, DVBl 1951, S.13 u. S.110; Württ.-Bad. VGH, Urt.v. 14. Juni 1951, DVBl 1951, S.760 (762), Hess. StGH v. 4. August 1950 mit Anm. v. Tietz in AöR 77, S.333 (337); vor allem W. Jellinek, Festschrift für Laun S.271

4) A.a.O. S.128 f.

5) Urt.v. 20. März 1952, BVerfGE 1, S.184 (197).

6) BVerfG a.a.O., S.197 f.

Zum andern trete "bei der Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, Hüter der Verfassung zu sein, zurück", denn Art. 100 Abs. 1 wolle "schon seinem Wortlaut nach die Gerichte nicht etwa von der Prüfung und Entscheidung aller verfassungsrechtlichen Fragen in einem Einzelrechtsstreit ausschließen und hierfür die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts begründen"¹⁾. Die Gerichte könnten und müssten vielmehr - so fährt das Bundesverfassungsgericht fort - die für die Entscheidung erheblichen Rechtsvorschriften auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen und seien auch zur Bejahung der Vereinbarkeit der betreffenden Rechtsnorm mit dem Grundgesetz in eigener Zuständigkeit in der Lage²⁾.

Diese ratio des Art. 100 GG führe - so folgert das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 24. Februar 1953³⁾ - zu dem Ergebnis, dass vorkonstitutionelle Normen von jedem Gericht selbständig auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft und auch als verfassungswidrig verworfen werden könnten. Im Falle der Unvereinbarkeit vorkonstitutionellen Rechts mit dem Grundgesetz bleibe nämlich die Autorität der gesetzgebenden Gewalt unberührt. Das Gericht setze sich nicht über den Willen des Gesetzgebers hinweg, sondern es stelle lediglich objektiv fest, dass der spätere, in der Verfassung niedergelegte gesetzgeberische Wille dem abweichenden früheren vorgehe⁴⁾, womit sich das Bundesverfassungsgericht auf das Prinzip der lex posterior derogat legi priori bezieht.

Auch aus der Wesensverschiedenheit zwischen der Prüfung älteren Rechts am Maßstab des Grundgesetzes und der Frage, ob ein früheres Gesetz durch ein späteres außer Kraft gesetzt oder geändert worden sei, lasse sich das negative Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für diese Fälle nicht herleiten; denn bei der

1) A.a.O. S. 197

2) A.a.O.

3) BVerfGE 2, S.124 (129 ff.)

4) A.a.O., S.129 f.

Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Art. 100 Abs. 1 GG handle es sich um kein Auslegungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts in seiner Stellung als Hüter der Verfassung¹⁾, sondern um ein Feststellungsmonopol "für die Fälle, in denen dem unter der Herrschaft des Grundgesetzes tätig gewordenen Gesetzgeber unterstellt wird, er habe durch seinen Gesetzgebungsakt das Grundgesetz verletzt"²⁾.

Während aus dem Wortlaut, so fährt das Bundesverfassungsgericht fort, weder für noch gegen das Inzidentprüfungsrecht der Gerichte gegenüber vorkonstitutionellem Recht etwas zu gewinnen sei, biete die Entstehungsgeschichte des Art. 100 Abs. 1 GG den Beleg für seine Auffassung³⁾.

In einem Rückblick auf die Weimarer Zeit wird zunächst dargelegt, daß damals das Inzidentprüfungsrecht der Gerichte gegenüber früherem Recht aus Art. 178 Abs. 2 Satz 1 WRV "als schlechthin selbstverständlich gefolgert" worden sei und daß der Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts von 1926 und 1928⁴⁾ in den §§ 1 Abs. 1 und 6 Abs. 1 eine den heutigen Artikeln 93 Abs. 1 Ziff. 2 und 100 Abs. 1 GG entsprechende Regelung enthalten habe. Der 34. Deutsche Juristentag, der vorwiegend diese in Aussicht genommene Positivierung des richterlichen Prüfungsrechts zum Gegenstand der Erörterungen gehabt habe, sei aber davon ausgegangen, daß die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch einen Staatsgerichtshof "sich logisch und systematisch nur auf Gesetze beziehen könnte, die n a c h dem Inkrafttreten und auf Grund der Verfassung erlassen seien"⁵⁾.

1) Wie es Art. 93 GG einräumt

2) BVerfG a.a.O. S.131. Hier wird also die sog. "Vorwerfbarkeitstheorie" (Zeidler, Anm. z. Beschl. d. BVerfG v. 6. Oktober 1959, DÖV 1960, S.23 insbes. S.24) entwickelt.

3) A.a.O. S.131 f..

4) Vgl. oben S.2 Note 9 und S.3 Note 1

5) Vgl. BVerfG a.a.O. S.133 mit Hinweis auf die Verhandlungen des 34. Dt. Juristentages in Köln 1926 2. Bd. S.193 ff. insbes. S.209 u. 217.

Auf die Entstehungsgeschichte speziell des Grundgesetzes eingehend, ist das Bundesverfassungsgericht sodann der Ansicht, dass hieraus "nichts dafür entnommen werden kann, daß von dieser Rechtsauffassung (der Weimarer Zeit) abgegangen werden sollte"¹⁾. Zwar sei ursprünglich in Art. 139 ba des Entwurfs i.d.Fass. der 3. Lesung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates eine ausdrückliche Zuständigkeitsregelung für die Prüfung vor-konstitutionellen Rechts getroffen gewesen²⁾, doch biete die auf einen Antrag des Abg. Zinn hin erfolgte (debatte-lose) Aufhebung dieser Regelung in Art. 127 des Entwurfs des Hauptausschusses 4. Lesung³⁾ keinen Anhaltspunkt dafür, daß man der Meinung gewesen sei, die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung alten Rechts ergebe sich ohnehin aus Art. 100 Abs. 1 GG.

Letztlich stützt das Bundesverfassungsgericht seine Auffassung auf die Äußerungen des damaligen Antragstellers Zinn⁴⁾ und des Abgeordneten von Brentano⁵⁾, die beide die Auffassung vertreten, das Bundesverfassungsgericht sei nur für die Prüfung nachkonstitutionellen Rechts zuständig.⁶⁾

Von den Bedenken gegen diese Kompetenzbeschränkung wird nur die von Hufnagl⁷⁾ als Hauptargument gegen Bachof⁸⁾ bereits vorgetragene Gefahr der Rechtszersplitterung angesprochen, jedoch sogleich mit der Erwägung aus dem Wege geräumt, diese Gefahr bestünde nur für eine Übergangszeit, bis nämlich verfassungsrechtliche Zweifelsfragen von der Rechtsprechung geklärt seien; im übrigen würde immer

1) BVerfG a.a.O. S.134

2) PR Drucks Nr. 751 v. 2. Mai 1949 mit Drucks Nr. 751 a v. 3. Mai 1949 und Nr. 840 vom 5. Mai 1949

3) Diese Vorschrift entspricht dem heutigen Art. 126 GG

4) Verhandlungen des 37. Dt. Juristentages S.55 f.

5) Schriftl. Bericht zum Abschnitt XI des Entwurfs des Grundgesetzes, S.68

6) BVerfG a.a.O. S.135

7) DVBl 1951, S.277 f.

8) DVBl 1951, S.13

die Möglichkeit bestehen, die Vereinbarkeit vor-konstitutionellen Rechts im Wege des Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG auch durch das Bundesverfassungsgericht klären zu lassen.¹⁾

An dieser grundlegenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht bisher in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich festgehalten²⁾. Einzige Ausnahme bilden eben solche alten Normen, die vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber anlässlich der Teiländerung eines Normenkomplexes bestätigt, "in seinen Willen aufgenommen" wurden.

Es erhellt, dass aus diesem Grunde zunächst die Berechtigung der Teilung des geltenden Rechts in vor- und nachkonstitutionelle³⁾ Normen geprüft werden muss, denn es geht nicht an, eine Ausnahme abzuhandeln, wenn bereits die Geltung der Regel zweifelhaft ist.

1) BVerfG a.a.O. S.131

2) Vgl. hierzu folgende, diese Rechtsprechung präzisierende Erkenntnisse: Beschl.v. 24. April 1953, BVerfGE 2, S.237, wo klargestellt wird, daß die Zäsur zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht beim 23. Mai 1949 (Inkrafttreten des GG) und nicht etwa beim 7. September 1949 (Zusammentritt des ersten Deutschen Bundestages) verläuft und daß somit auch der Gesetzgeber des Vereinigten Wirtschaftsgebietes an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden war - vgl. insbes. Leits. 5 u. S.257; Beschl. v. 11. Mai 1955, BVerfGE 4, S.178, der die Ausdehnung des Entscheidungsmonopols der Landesverfassungsgerichte auf Rechtsverordnungen u. die Unvereinbarkeit vor-konstitutionellen Landesrechts mit der Landesverfassung als mit Art. 100 Abs.1 GG vereinbar erachtet - insbes. S.188 f; ferner der Beschl. v. 9. November 1955, BVerfGE 4, S.331 (341), im Anschluss an BVerfGE 2, S.237 u. schließlich den Beschl.v. 6. Oktober 1959, BVerfGE 10, S.124 (127 ff.), wo eine Vorlage als unzulässig verworfen wurde, welche die Prüfung nachkonstitutionellen, aber erst nach seinem Erlass verfassungswidrig gewordenen Rechts zum Gegenstand hatte - vgl. hierzu die Anm. von Zeidler in DÖV 1960, S.23 ff.

3) Obwohl der Begriff "nachkonstitutionell" nicht einwandfrei ist und besser einfach von "konstitutionellen" Normen gesprochen würde, soll der erstere Ausdruck, weil er sich vor allem in der Rechtsprechung eingebürgert hat, im folgenden beibehalten werden.

B. Kritik des Urteils vom 24. Februar 1953

I. Präzisierung des Art. 100 Abs. 1 GG

1. Der Wortlaut¹⁾

Aus der Diktion des Art. 100 Abs. 1 GG, wo von "verfassungswidrigen" Gesetzen und von der "Verletzung" der Verfassung gesprochen wird, die Inkompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung vorkonstitutionellen Rechts abzuleiten, ist von Bachof²⁾ versucht worden. Er will aus der Verwendung dieser Begriffe den Schluß ziehen, daß es sich "um einen Verstoß gegen eine zur Zeit dieses Verstoßes bereits bestehende ranghöhere Norm handeln" müsse³⁾, da bei der Außerkraftsetzung älteren Rechts durch ein gleich- oder höherrangiges jüngeres Gesetz noch nie davon gesprochen worden sei, das ältere Recht "verletze" nunmehr das jüngere; die derogierende Kraft des jüngeren Gesetzes verhindere eine solche Verletzung, weil das ältere Recht vom Zeitpunkt der Instituierung des jüngeren an nicht mehr existent sei.

Diese Argumentation mit Hilfe eines Rekurses auf den Satz des lex posterior ... im Rahmen der Verbalinterpretation wird später und an anderer Stelle⁴⁾ von Bachof selbst widerlegt, wenn er mit der herrschenden Meinung⁵⁾ als Folge des Verfassungsverstoßes von Rechtssätzen deren "ursprüngliche Nichtigkeit im Sinne schlechthin bestehender und von jedermann geltend zu machender Unwirksamkeit" anerkennt.⁶⁾

1) Art. 100 Abs. 1 GG hat folgenden Wortlaut:

"Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt."

2) DVBl 1951, S.13, insbes. S.15

3) A.a.O.

4) AöR 87, S.1 ff.

5) BVerfGE 1, S.14 (Leits.6 u. S.37); Benz, Bad.-Württ. Verw.Bl 1960, S.7 m.w.Nachw.; ebenso bereits das RG im Urt.v. 4. November 1930, RGZ 130, S.319 (324)

6) A.a.O. S.33.

Auch vom Gesetzgeber des Grundgesetzes erlassene Normen sind sonach vom Augenblick ihrer Widersprüchlichkeit mit der Verfassung an - ex tunc¹⁾ - unwirksam, so daß also auch in diesem Falle nicht von einer "Verletzung der Verfassung", wie Bachof sie ursprünglich begreifen will, gesprochen werden kann. Auch das verfassungswidrige nachkonstitutionelle Recht gelangt somit materiellrechtlich nicht zur Entstehung; seine Existenz scheitert im Moment der Verkündung an der ranghöheren Verfassungsnorm. Die derogierende Kraft der Verfassung gegenüber ihr widersprechender Bestimmungen unterscheidet sich bei vor- und nachkonstitutionellen Vorschriften lediglich in temporärer Hinsicht: Verfassungswidrige vorkonstitutionelle Gesetze verlieren ihre Geltung, verfassungswidrige nachkonstitutionelle Gesetze erlangen überhaupt keine Geltung²⁾.

Die Annahme, der Verfassungsgeber habe durch Verwendung des Begriffes der Verfassungsverletzung eine Ausklammerung vorkonstitutioneller Normen erreichen wollen, kann deshalb bereits aus diesem Grunde nicht aufrechterhalten werden.

Im übrigen wird man aber davon ausgehen können, dass in Art. 100 Abs. 1 GG die Worte "verfassungswidrig", "Ver-

letzung" und "Unvereinbarkeit" aus sprachlichen Gründen, nämlich zur Vermeidung unschöner Wiederholungen, als Synonyma gebraucht werden, zumal die zu prüfende Norm einheitlich als "Gesetz" bezeichnet wird, ohne jegliche Andeutung der Erheblichkeit ihres Entstehungstermines. Diese Auffassung bestätigt insbesondere Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG, der die "Unvereinbarkeit" neben die "Verletzung" stellt und somit deren Gleichwertigkeit zum Ausdruck bringt.³⁾

- 1) Der Spruch des BVerfG, der die Feststellung der Nichtigkeit einer derartigen Norm trifft (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 BVerfGG), hat also lediglich deklaratorischen Charakter - vgl. BVerfGE 1, S.14 (37), ferner Holtkotten in BK Anm. II 6 zu Art. 123 GG u. bereits Flad S.49. Auch in der Begründung zu § 72 des Reg.-Entwurfes eines Gesetzes über das BVerfG (BT-Drucks. Nr. 788 - 1.Wahlp. 1949) wird die Nichtigkeit als ex tunc wirkend dargestellt.
- 2) Bejaht man die Verwerfungskompetenz des BVerfG auch für vorkonstitutionelles Recht, so ergäbe sich für ein entsprechendes Erkenntnis lediglich die Folge, daß nicht deren "Nichtigkeit", sondern allenfalls das Außerkrafttreten mit dem 23. Mai 1949 festgestellt werden könnte; so mit Recht Holtkotten a.a.O.
- 3) Im Ergebnis ebenso BVerfGE 2, S.124 (131 f.) und v. Mangoldt. Kmt. Anm. 3 zu Art. 100, S.541.

Weder vor- noch nachkonstitutionelles Recht verletzt also die Verfassung, sofern damit eine Beeinträchtigung der grundrechtlichen Garantien gemeint sein sollte; derartige Bestimmungen sind eben mit der Verfassung nicht vereinbar, damit verfassungswidrig und unter der Herrschaft des Grundgesetzes nicht gültig. Für die gewollte Statuierung eines strukturellen Unterschiedes zwischen der "Unvereinbarkeit" im Wortlaut des Art. 100 Abs. 1 GG zu dem "dem Grundgesetz widersprechen" in Art. 123 GG, worauf Bachof¹⁾ Bezug nimmt, fehlt jeder Anhaltspunkt²⁾. Beide Bestimmungen sind Ausfluß des ungeschriebenen Grundgesetzes: *lex superior derogat legi inferiori*³⁾.

2. Die Entstehungsgeschichte

a) Rückblick auf die Epoche der Weimarer Verfassung.⁴⁾

Während das Bundesverfassungsgericht dem Wortlaut ebenfalls keine ausschlaggebende Bedeutung beimißt, stützt es die Kompetenzbeschränkung u. a. auf die Entstehungsgeschichte des richterlichen Prüfungsrechts, die nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts für seine Auffassung "Belege bietet"⁵⁾.

Dabei ist das Gericht bemüht, bereits für die Weimarer Zeit eine Zweispurigkeit des Inzidentprüfungsrechts nachzuweisen: Auf der einen Seite das aus Art. 178 Abs. 2, Satz 1 WRV⁶⁾ gefolgerte Prüfungsrecht der Gerichte gegenüber früherem Recht, auf der anderen Seite der Streit um die Befugnis der Gerichte, die seit Inkrafttreten der

1) DVBl 1951, S.13 ff. (15)

2) Vgl. v. Mangoldt a.a.O.

3) Wobei sich der Zweck des Art. 123 GG nicht in der Positivierung dieses Prinzipes erschöpft (er wäre sonst deklaratorischer Natur und deshalb entbehrlich), sondern er erfüllt eine "gesetzgebungstechnische, elementare Notwendigkeit" (Hamann), nämlich eine Aussage über die Rechtskontinuität des neuen Staatswesens und den Fortbestand des Dt. Reiches zu treffen; vgl. Hamann, Kmt. A 2 zu Art.123; S.467; a.A. wohl Holtkotten, BK Anm.II 1 zu Art.123; zur älteren Literatur insbes. Wittmayer S.12 f. m.w. Nachw., sowie die Schrift von Kägi, insbes. S.59 ff. Insoweit übereinstimmend auch Bachof, DVBl 1951, S.13 (14).

4) Vgl. hierzu auch Maurer, DÖV 1963, S.683 ff.

5) BVerfGE 2, S.124 (132)

6) Art. 178 WRV:

I. "Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 und das Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt

Weimarer Verfassung erlassenen Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen.¹⁾

Gegen diese Parallele müssen indessen Bedenken angemeldet werden. Zwar steht außer Frage, daß Art. 178 Abs. 2 Satz 1 WRV in seinem materiellen Gehalt dem heutigen Art. 123 Abs. 1 GG entspricht; beide Vorschriften befassen sich mit dem Schicksal überkommener vorkonstitutioneller Gesetze im materiellen Sinn.²⁾ Sollen aus dieser Parallelität für den gegenwärtigen Rechtszustand Schlüsse gezogen werden³⁾, so muß jedoch das Fehlen jeglicher positivrechtlicher Regelung der Weimarer Verfassung im Hinblick auf das richterliche Prüfungsrecht im Auge behalten werden.⁴⁾ Die Gerichte waren damals, sollte dem Art. 178 Abs. 2 Satz 1 der Verfassung Genüge getan werden, schlechthin gezwungen, bei der Erheblichkeit überkommenen Rechts für den anstehenden Fall über dessen Weitergeltung zu entscheiden. Da die Weimarer Verfassung keinen anderweitigen Anhalt bot, insbesondere keine Kompetenzregelung statuierte, wurde eben insoweit Art. 178 Abs. 2 Satz 1 als Aufhänger für ein Entscheidungsrecht der Gerichte benutzt.⁵⁾ Demgegenüber liegt dem Grundgesetz die genau entgegengesetzte Konzeption zu Grunde. Allerdings fehlt auch hier die ausdrückliche Anerkennung eines richterlichen Prüfungsrechts,

vom 10. Februar 1919 sind aufgehoben.

II. (1) Die übrigen Gesetze und Verordnungen des Reichs bleiben in Kraft, soweit ihnen diese Verfassung nicht entgegensteht. (2) ..."

- 1) Diese Kontroverse mit Nachweisen zu belegen, muß angesichts der Unüberschaubarkeit der Literatur unterbleiben. Aus diesem Grunde und vor allem deshalb, weil der Streit im einzelnen dahinstehen kann, mögen die Hinweise auf v. Hippel, HDStR II.Bd., S.546 (insbes. S.554 Anm.32 u. 33); Morstein-Marx, Variationen u. Schack, AöR 41, S.163 ff. - jeweils mit weiteren Nachweisen - genügen.
- 2) Vgl. oben S.13, Note 3
- 3) Worauf sich auch Bachof, DVBl 1951, S.13 (14) stützt.
- 4) Auf diese unterschiedliche Rechtslage macht auch von Mangoldt, Anm.3 zu Art.100, S.541 aufmerksam.
- 5) Es wurde darin geradezu ein Auftrag des Richters erblickt; vgl. v. Hippel a.a.O. S.552.

(was aber, so wird mit Recht argumentiert, als logische Voraussetzung des Art. 100 GG betrachtet werden kann), doch ist nunmehr eine Kompetenzregelung getroffen und - jedenfalls nach dem Wortlaut - generell die Möglichkeit der Verwerfung von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht¹⁾ eröffnet; ein Rückgriff auf Art. 123 GG (über Art. 178 Abs.2 Satz 1 WRV), dessen Aussage erst die Rechtsfolge der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit alten Rechts mit dem Grundgesetz betrifft²⁾, erscheint deshalb überflüssig. Und nicht nur das: Angesichts der "positivierenden, instituierenden und disputliquidierenden"³⁾ Regelung des Art. 100 Abs. 1 GG ist die Heranziehung des Art. 178 Abs.2 Satz 1 WRV geradezu verfehlt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß er ursprünglich insoweit nur ein Notbehelf war. Dabei soll nicht einer Verfassungsbetrachtung unter Negierung entwicklungsgeschichtlicher Zusammenhänge das Wort geredet werden. Nachdem das Werk von Bonn jedoch in diesem Punkte offensichtlich einen alten Streit zu liquidieren sucht und dafür eine Sondervorschrift errichtet, aus deren Wortlaut sich keine derartige Einschränkung ergibt, sprechen rechtssystematische Gründe zunächst für eine umfassende Anwendung dieser Regelung.

Im übrigen wurde in der Weimarer Zeit das Problem um die vor- und nachkonstitutionellen Gesetze in seiner heutigen Ausgestaltung soweit ersichtlich nicht diskutiert. Das Bundesverfassungsgericht weist zwar mit Recht darauf hin⁴⁾, daß der "Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts" von 1926⁵⁾ und von 1928⁶⁾ in § 6 Abs. 1 die Aussetzungspflicht der Gerichte auf solche Rechtsvorschriften beschränkte, die "nach Inkrafttreten der Reichsverfassung vom 11. August 1919 ... verkündet" wurden. Hierüber entstand indessen keine Diskussion; diese Einschränkung wurde hingenommen.⁷⁾

- 1) Die Kompetenzen der Landesverfassungsgerichte sollen hier außer Betracht bleiben.
- 2) Vgl. v. Mangoldt, Anm.3 zu Art.100, S.541.
- 3) Ipsen in Beiträge zum öff. Recht, S.791 (793).
- 4) BVerfGE 2, S.124 (132 f.).
- 5) Reichstags-Drucks, III. Wahlp. 1924/26, Nr.2855.
- 6) Reichstags-Drucks, IV. Wahlp. 1928, Nr.382.
- 7) Vgl. Mende, Verhandlungen des 34. Dt. Juristentages, 2. Bd., S.217.

Sie wurde wohl überschattet von der eingreifenderen Bestimmung in § 2 des Entwurfes, wonach das Prüfungsrecht objektiv auf solche Vorschriften beschränkt werden sollte, die nach Inkrafttreten des Gesetzes gewordenen Entwurfs ergehen würden. Hierüber erregten sich die Gemüter auf dem insbesondere der Begutachtung dieses Entwurfs gewidmeten 34. Dt. Juristentag 1926 zu Köln¹⁾, wobei die Gefahr der Rechtszersplitterung beschworen wurde²⁾. Die erste Abteilung des Juristentages fasste dann auch den Beschluß, daß der Kognition des Staatsgerichtshofes "auch die vor Erlass des jetzt eingebrachten Gesetzes verkündeten Gesetze" unterliegen sollten³⁾.

Wenn also das Bundesverfassungsgericht⁴⁾ und mit ihm manche Autoren⁵⁾ zur Untermauerung ihrer Auffassung auf die Verhandlungen des 34. Dt. Juristentages im 2. Bd., S. 209 und S. 217 hinweisen, so ist dieses Zitat zumindest ungenau. Die Hinweise treffen insoweit zu, als der 34. Dt. Juristentag § 6 des Entwurfes 1926 eben nicht kritisierte und somit wohl "davon ausging" (wie die immer wieder gebrauchte Wendung lautet), "daß die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen durch den in Aussicht genommenen Staatsgerichtshof sich nur auf solche Gesetze beziehen könnte, die nach Inkrafttreten und auf Grund der Verfassung erlassenen seien"⁶⁾. Die immer eingeschobene (und deshalb im Zitat des letzten Satzes ausgesparte) Begründung, daß sich die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs "logisch und systematisch" nur auf solche (nachkonstitutionellen) Gesetze beziehen könnte, findet sich jedoch weder auf den Seiten 209 und 217 noch an einer anderen Stelle der Verhandlungen des 34. Dt. Juristentages.

1) Vgl. Anschütz, Verhandlungen des 34. Dt. Juristentages, 2. Bd., S. 209 f., Mende ebenda, S. 217.

2) So auch Grau, AöR 50, S. 287 (321 f.).

3) Verhandlungen des 34. Dt. Juristentages 2. Bd., S. 288 (Ziff. II b).

4) BVerfGE 2, S. 124 (133).

5) So v. Brentano, S. 68, Bachof, DVBl 1951, S. 110 und Zinn in seinem Referat zum 37. Dt. Juristentag 1949 zu Köln, S. 46 (56).

6) So das BVerfG a.a.O. und die in Note 5 bezeichneten Verfasser.

In der Reihe der rechtshistorischen Argumente ist allerdings noch ein Gesichtspunkt denkbar, welchen W. Jellinek im Zusammenhang mit einer dem Art. 100 GG entsprechenden Regelung des hessischen Verfassungsentwurfs von 1946 zur Sprache brachte.¹⁾ Man könnte nämlich auch für das Grundgesetz argumentieren, seine Regelung des richterlichen Prüfungsrechts beschränke sich bewußt auf das, was bislang in Lehre und Rechtsprechung streitig gewesen sei. In diesem Zusammenhang verdient indessen die Tatsache Beachtung, daß der hessische Verfassungsentwurf in Art. 131 die Entscheidungskompetenz des (hessischen) Staatsgerichtshofes *expressis verbis* auf nach Inkrafttreten der Verfassung ergangene Gesetzte beschränkte und lediglich in Art. 132, der eine Vorlagepflicht der Gerichte statuierte, die Wendung des Art. 131 nicht ausdrücklich wiederholte.²⁾ Demzufolge muß der Übernahme dieses Gedankens auf die bundesstaatliche Ebene wiederum das Bedenken entgegengehalten werden, daß im Text des Grundgesetzes jeder Anhaltspunkt für eine solche Einschränkung fehlt. Eine bewußte Beschränkung der Neuregelung des Art. 100 Abs. 1 GG auf die bisherige Streitfrage könnte sich demnach nur aus den Materialien zu Art. 100 GG ergeben. Das soll im folgenden untersucht werden.

1) Festschrift für Laun, S.271; im Anschluß an Jellinek auch Bachof, DVBl 1951, S.110.

2) Die Artikel des hess. Verfassungsentwurfes haben folgenden Wortlaut:

Art. 131: "Die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines nach Inkrafttreten dieser Verfassung ergangenen Gesetzes steht nur dem Staatsgerichtshof zu."

Art. 132: "1. Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei einer Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so teilt es seine Bedenken auf dem Dienstwege dem Präsidenten des höchsten ihm vorgeordneten Gerichts mit. Dieser führt eine Entscheidung dieses Gerichts herbei.
2."

b) Die Entstehungsgeschichte des Art. 100 GG.

Bei der Durchsicht der Materialien speziell zu Art. 100 Abs. 1 GG muß man feststellen, daß sie - jedenfalls soweit veröffentlicht - hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts völlig unergiebig sind und insgesamt für den hier interessierenden Problemkreis nichts hergeben.

Lediglich in den Vorarbeiten zu Art. 126 GG findet sich ein Hinweis auf dieses Problem. Nach dem Herrenchiemseer Entwurf hatte diese Vorschrift ursprünglich folgenden Wortlaut:

Art. 140: "Entsteht Streit darüber, ob nach Art. 139¹⁾ ein Gesetz oder eine Verordnung als Bundesrecht oder als Landesrecht fortgilt, so entscheidet darüber der Bundesjustizminister im Einvernehmen mit einem Minister des Landes oder der Länder, deren Recht betroffen wird...."

Dabei entsprach wohl der Art. 139 Abs. 1 HChE dem heutigen Art. 123 GG, doch muß nach dem Wortlaut des Art. 140 HChE angenommen werden, daß er nur für die Absätze 2 bis 5 des Art. 139²⁾ Anwendung finden sollte, denn der Entscheid des Bundesjustizministers und eines Landesministers betraf nur die Frage, ob altes Recht als Bundes- oder aber als Landesrecht weitergelten sollte. Die Frage, ob altes Recht überhaupt weitergilt, war somit offensichtlich ausgeklammert.

Unter dem 18. November 1948 gab sodann der Allgemeine Redaktionsausschuß dem Art. 140 HChE folgende Fassung:

"Bei Streitigkeiten (Meinungsverschiedenheiten) über die Vereinbarkeit des in Art. 139 bezeichneten Rechts mit diesem Grundgesetz, sowie über die Fortgeltung von Recht als Bundesrecht gemäß den Vorschriften in Art. 139 a und 139 b entscheidet das Bundesverfassungsgericht." ³⁾

Nunmehr war der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts auch die grundsätzliche Entscheidung über die Weitergeltung vorkonstitutionellen Rechts zugeschlagen. Die Motive für

1) Jetzt Art. 123 - 125 GG

2) Jetzt Art. 124 u. 125 GG

3) Nach der Fassung des Allg. Red.-Ausschusses entsprechen Art. 139 dem heutigen Art. 123 GG und die Art. 139 a u. 139 b den heutigen Art. 124 u. 125 GG.

diese inhaltliche Erweiterung gegenüber Art. 140 HChE hat der Allgemeine Redaktionsausschuß nicht offengelegt. In der Begründung werden lediglich Bedenken gegen eine Zuständigkeit des Bundesjustizministers dargetan.

In der beinahe wörtlich gleichen Fassung ging diese Bestimmung - nunmehr als Art. 139 ba - durch die ersten drei Lesungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates¹⁾.

In der 4. Lesung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates (57. Sitzung am 5. Mai 1949) beantragte dann der Abg. Zinn bei der Beratung des Art. 139 ba "die Ersetzung der seitherigen Fassung durch die Neufassung in Drucksache PR 5.49 - 751". Zinn begründete seinen Antrag nicht, und der Änderungsvorschlag wurde debattelos angenommen²⁾. Damit erhielt die Bestimmung als Art. 127 folgende Fassung:

"Meinungsverschiedenheiten über das Fortgelten von Recht als Bundesrecht entscheidet das Bundesverfassungsgericht."³⁾

Diese Entwicklung des heutigen Art. 126 GG verwendet das Bundesverfassungsgericht mit einer bemerkenswerten Begründung zur Stützung seines Urteils vom 24. Februar 1953: Das Gericht führt aus, es sei kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß die ausdrückliche Zuständigkeitsregelung in Art. 139 ba des Entwurfs i.d.Fass. der 3. Lesung des Hauptausschusses in Art. 127 des Entwurfs des Hauptausschusses 4. Lesung "deshalb aufgehoben wurde, weil man der Ansicht gewesen wäre, die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung früheren Rechts auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz ergebe sich ohnehin aus Art. 100 Abs. 1 GG".⁴⁾ Da in den Materialien überhaupt jeglicher Anhaltspunkt für die Änderung der Vorschrift fehlt, ist auch der Schluß berechtigt, es stehe nicht fest, daß die Änderung deshalb

1) Vgl. PR Drucks. Nr. 751 vom 2. Mai 1949 mit Drucks. Nr. 751a vom 3. Mai 1949 u. Nr. 840 vom 5. Mai 1949.

Der Hauptausschuß änderte in Art. 139 ba lediglich die "Streitigkeiten" endgültig in "Meinungsverschiedenheiten" um und ersetzte die sprachlich unschöne Wendung "Fortgeltung" durch das entsprechende substantivierte Verbum.

2) Vgl. Verhandlungen des Hauptausschusses des Parl. Rates S. 763.

3) Vgl. PR Drucks. Nr. 850 v. 5. Mai 1949 mit Drucks. Nr. 850 a, 854 u. 878 vom 6. Mai 1949.

4) BVerfGE 2, S. 124 (134).

vollzogen wurde, weil man über Art. 123 Abs. 1 GG an die Weimarer Rechtstradition anknüpfen wollte. Beide Folgerungen schließen sich logisch nicht aus, denn beide zeitigen aus einem Negativum eine weitere negative Feststellung.

Der Zweck, den das Bundesverfassungsgericht mit seiner Argumentation jedoch sinngemäß verfolgt, ist gerade der Ausschluß der zweiten Möglichkeit. Dem muß entgegengetreten werden, weil aus einem Unbekannten allein niemals ein Bekanntes abzuleiten ist.

Hieran vermögen wohl auch die Äußerungen Zinns und von Brentanos, mit deren Hilfe das Bundesverfassungsgericht seine Interpretation der Materialien zu untermauern versucht, nichts zu ändern. Der damalige Abg. Zinn begründete in der 4. Lesung des Hauptausschusses seinen Antrag auf Streichung der ausdrücklichen Zuständigkeitsregelung nicht. Selbst wenn also Zinns Antrag auf ähnlichen wie vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Überlegungen beruhte, kann schwerlich unterstellt werden, das vielköpfige Ausschußgremium des Parlamentarischen Rates habe dem Streichungsantrag aus denselben Gründen zugestimmt. Aber selbst die Äußerungen Zinns lassen die Beweggründe für seinen Änderungsantrag nicht mit letzter Deutlichkeit erkennen. In seinem Referat zum 37. Dt. Juristentag in Köln¹⁾ knüpft Zinn an die Ausführungen Jellineks zu den einschlägigen Vorschriften der Länderverfassungen der amerikanischen Zone²⁾ an und fährt dann fort: "Ich glaube, daß das gleiche (scil: die Beschränkung der Kompetenz auf nachkonstitutionelles Recht) auch für das Grundgesetz gilt ..." ³⁾ In gleicher Weise argumentiert auch v. Brentano im schriftlichen Bericht zum Abschnitt XI des Entwurfs des Grundgesetzes. Auch er stützt sich auf Jellinek und führt aus, daß dessen Auffassung auch für den Bereich des Grundgesetzes zutreffen dürfe.⁴⁾ Beide Autoren unterlassen es also, eine bewusste Anknüpfung des Grundgesetzes an den früheren Streit um das richterliche Prüfungsrecht hervorzuheben.

1) Verhandlungen des 37. Dt. Juristentages in Köln, S.46, insbes. S.55 f.

2) Vgl. Festschrift für Laun, S.268 (271).

3) A.a.O., S.56.

4) Schriftlicher Bericht S.68.

Demnach dürfte es richtig sein, für den weiteren Gang der Untersuchung von einem non liquet der Materialien auszugehen.

3. Dogmatische Prüfung

Nicht nur in der Literatur, sondern auch in der Rechtsprechung wurde das Problem der Prüfungszuständigkeit für vorkonstitutionelles Recht behandelt, ehe die Urteile des Bundesverfassungsgerichts vom 20. März 1952 und vom 24. Februar 1953 ergingen; auch hier waren die Meinungen geteilt. So gingen der Bad. VGH Freiburg im Urteil vom 26. Oktober 1949¹⁾ und der Württ.-Bad. VGH im Urteil vom 14. Juni 1951²⁾ von der restriktiven Interpretation des Art. 100 Abs. 1 GG aus, während sich das OVG Hamburg im Urteil vom 6. Juni 1950³⁾ und im Urteil vom 3. Oktober 1950⁴⁾ sowie das OVG Lüneburg im Urteil vom 10. Januar 1951⁵⁾ zumindest zwischen den Zeilen für eine Vorlagepflicht auch für vorkonstitutionelle Gesetze aussprachen.⁶⁾ Einer dogmatischen Begründung ihrer Auffassung waren die Gerichte damals enthoben; die Entscheidung dieser Frage konnte dahinstehen, da zu jener Zeit das Problem im Vordergrund stand, ob vor Instituierung des Bundesverfassungsgerichts die Aussetzungspflicht des Art. 100 Abs. 1 GG überhaupt praktikabel war. Die Gerichte nahmen dann unter Hinweis auf das Verbot der Rechtsverweigerung wohl mit Recht ein eigenes Prüfungsrecht in Anspruch.⁷⁾

So war von dieser Seite keine nennenswerte Vorarbeit geleistet, und es blieb dem Bundesverfassungsgericht überlassen, sein Grundsatzurteil vom 24. Februar 1953 dogmatisch abzusichern.

1) DÖV 1950, S.596

2) DVB1 1951, S.760 (762)

3) DVB1 1950, S.614

4) DVB1 1950, S.752

5) DVB1 1951, S.180 (181)

6) Ebenso Hufnagl, DVB1 1951, S.277 (278)

7) Diese Frage braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Vgl. dazu die Nachweise in Note 1 bis 5, ferner BayVerfGH, Urteil v. 21. November 1949, VerwRspr 2, S.163 (168 f.) - Ipsen, DV 1949, S.486 (492) und Schäfer, DVB1 1951, S.321.

Aufbauend auf das Urteil vom 20. März 1952 und die dort zuerst formulierte "Vorwerfbarkeitstheorie" wird nunmehr dargetan, die Entscheidung über die Vereinbarkeit vorkonstitutionellen Rechts mit dem Grundgesetz lasse die Autorität der gesetzgebenden Gewalt unberührt; bei Verneinung der Vereinbarkeit werde "lediglich objektiv festgestellt, daß der spätere gesetzgeberische Wille dem abweichenden früheren gesetzgeberischen Willen vorgeht".¹⁾ Offenbar im Anschluß an die Argumentation Bachofs²⁾ und W. Jellineks³⁾ stützt sich damit auch das Bundesverfassungsgericht auf den bekannten Satz: *lex posterior derogat legi priori*. Daß dies zu Unrecht geschieht, muß immer wieder betont werden. Dieser Satz hat nur dort seine Berechtigung, wo es um die Kollision solcher Staatswillensäußerungen geht, die der gleichen Rechtsquellen-
gruppe angehören, also wenn es sich um gleichrangige, sich widersprechende Normen handelt.⁴⁾ Da das Grundgesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG eindeutig einen übergeordneten Rang beansprucht, muß im Verhältnis von Verfassung zu einfachem Gesetz der Satz "*lex superior derogat legi inferiori*" Platz greifen, und zwar gleichwohl, ob es sich bei der *lex inferior* um eine vor- oder nachkonstitutionelle Vorschrift handelt. Dabei mag dem Bundesverfassungsgericht und Bachof⁵⁾ zugestanden werden, "daß die spätere Verfassung gegenüber dem früheren einfachen Gesetz zugleich '*lex posterior*' ist". Ein Zwang zur Ausklammerung des vorkonstitutionellen Rechts aus der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts kann indessen hierin nicht erblickt werden. Das in entscheidender Weise verbindende Kriterium ist vielmehr darin zu sehen, daß sowohl dem vorkonstitutionellen wie dem unter der Herrschaft des Grundgesetzes erlassenen Recht die Verfassung als *lex superior* gegenübersteht. Verbindend insofern, als bei teleologischer Betrachtung des Art. 100 Abs. 1 GG

1) BVerfGE 2, S.124 (130)

2) DVBl 1951, S.13 (14)

3) Festschrift für Laun, S.268 (271); bejahend auch Tietz in seiner Anm. zur Entsch. des Hess. StGH v. 4. August 1950, AöR 77, S.333 (337)

4) Vgl. grundsätzlich Hensel, HDStR 2. Bd., S.314; im Hinblick auf die einschlägige Rspr. d. BVerfG: Zeidler, Anm. z. Beschl. d. BVerfG v. 6. Oktober 1959, DÖV 1960, S.23 (25), Hufnagl, DVBl 1951, S.277, Müller Horst-Joachim, Diss. S.11 u. Quaritsch, S.18 ff.

5) AöR 87, S.1 (S.4 Anm.10)

der in beiden Fällen identische ranghöhere Normkomplex, von welchem die Existenz der nach temporären Gesichtspunkten vom Bundesverfassungsgericht unterschiedenen Gesetzeskategorien abhängig ist, den Schluß auf eine allumfassende Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts zuläßt.

Wie Arndt mit Recht ausführt, kann es in einem demokratischen Verfassungsstaat "vorkonstitutionelles" Recht nicht geben, denn "alles Recht muß sich auf die Verfassung und durch sie auf die vom Volke ausgehende Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) zurückführen lassen".¹⁾

Nun wäre es gesetzgebungstechnisch unmöglich gewesen, mit Inkrafttreten des Grundgesetzes die gesamte staatliche Rechtsordnung in Übereinstimmung mit den grundrechtlichen Garantien neu zu verabschieden. Die überkommenen Kodifizierungen mußten also, sollten nicht für eine - unabsehbare - Übergangszeit chaotische Verhältnisse herrschen, einerseits aufrechterhalten werden, andererseits galt es, in Ansehung der Aktualisierung der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG mit Art. 20 GG), einem "Überhang autoritärer oder diktatorischer Maßnahmen"²⁾ zu begegnen. Diesen Zwiespalt zu überbrücken, ist Aufgabe des Art. 123 Abs. 1 GG. Er ist gewissermaßen der Filter, den das alte Recht passieren muß, um unter den neuen Ordnungsprinzipien Geltung zu bewahren.³⁾ Der Filtereinsatz aber besteht, um das Bild fortzuführen, in den rechtsstaatlichen Garantien des Grundgesetzes; oder, um es anders auszudrücken: die Verfassung ist der Maßstab, dem frühere Normen genügen müssen, um weiterhin in Kraft zu bleiben.

Etwas anderes gilt aber auch für die Willensäußerungen des neuen Gesetzgebers nicht. Sie erlangen gleichfalls materiellrechtlich nur insoweit Geltung, als sie nach grundrechtlichen Erfordernissen ausgerichtet sind.⁴⁾ Dieser

1) Anm. z. Beschl. d. BVerfG v. 5. Juli 1960, JZ 1961, S. 289

2) Arndt a.a.O.

3) Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob durch diesen Vorgang dem GG entgegenstehendes Recht aufgehoben wird (so bei Zugrundelegung der Identität zwischen Bund und Reich), oder ob eine Rezeption an diesem Widerspruch scheitert (so bei Ablehnung der Identitätstheorie). Vgl. hierzu Holtkotten, BK Anm. II 6 zu Art. 123, Hamann, Kmt., Einf. I B 2 u. Anm. A 2 zu Art. 123.

4) Ein Widerspruch bewirkt wie bereits früher dargelegt (s.o. S. 11) die Nichtigkeit ex tunc; vgl. S. 11, Note 5.

gemeinsame Prüfungsmaßstab ist die Klammer, welche in beiden Fällen zur Anwendbarkeit des Art. 100 Abs. 1 GG führen muß. Demgegenüber kann es auf die Tatsache, daß das vor-konstitutionelle Recht im Gegensatz zum nachkonstitutionellen zeitweise in Geltung war, deshalb nicht ankommen, weil Art. 100 Abs. 1 GG sowohl seinem Wortlaut wie seinem Sinn und Zweck nach ganz neutral auf eine irgendwie eingetretene Verfassungswidrigkeit abstellt.

Der Grund für die Konzentrierung der Verwerfungskompetenz beim Bundesverfassungsgericht aber ist nach richtiger Ansicht zunächst im eminent hohen Schwierigkeitsgrad der Verfassungsauslegung¹⁾ zu suchen. Es braucht nur an die Interpretation beispielsweise des Gleichheitssatzes erinnert zu werden, um darzutun, daß der einzelne ordentliche oder Verwaltungsrichter in Ermangelung einer speziellen verfassungsrechtlichen Schulung einfach überfordert wäre, sollte er derartige Grundnormen des modernen Rechtsstaates konkretisieren.²⁾ Diese Schwierigkeiten treten in gleichem Maße auf, ob das zu prüfende Gesetz vor oder nach der Verfassung erlassen wurde³⁾. Die Möglichkeit dieses Einwands gegen die Beschränkung des Verwerfungsmonopols hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile selbst eingeräumt⁴⁾.

Der zweite Grundgedanke des Art. 100 Abs. 1 GG ist die Wahrung der Rechtssicherheit und Rechtseinheit. Er konzentriert, wie Arndt⁵⁾ ausführt, das negative Entscheidungsmonopol "nur deshalb beim Bundesverfassungsgericht, um durch die Ausschließlichkeit seiner Kompetenz die Einheit der Rechtsprechung über das Gelten von Gesetzen zu wahren." Daß diese Überlegung gleichermaßen auf vor- und nachkonstitutionelle Normen zutrifft, liegt auf der Hand; Der einzelne Richter kann ein vorkonstitutionelles Gesetz nur außer Anwendung lassen, er ist jedoch nicht befugt, es mit allgemeiner Wirkung für ungültig zu erklären, auch

- 1) zur Problematik der Verfassungsauslegung an sich vgl. die gleichnamige Schrift von Forsthoef, sowie Leisner, DÖV 1961, S.641 ff.
- 2) Ebenso Hufnagl, DVBl 1951, S.277.
- 3) Hufnagl a.a.O.
- 4) Beschl. v. 6. Oktober 1959, BVerfGE 10, S.124 (28).
- 5) Anm. z. Beschl. d. BVerfG v. 5. Juli 1960 in JZ 1961, S.289 (290).

sind andere Gerichte und Behörden an dieses Erkenntnis nicht gebunden. Unter diesem Gesichtspunkt beschreibt vor allem Hufnagl die Gefahr der Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit und stellt dem die in § 31 BVerfGG beschriebenen umfassenden Wirkungen eines Spruches des Bundesverfassungsgerichts gegenüber¹⁾. Wenn das Gericht die Bedenken Hufnagls damit abtut, die Gefahr der Rechtszersplitterung bestehe nur für eine "gewisse Übergangszeit"²⁾, so wird es durch die Praxis widerlegt. Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes sind nunmehr 14 Jahre vergangen, ohne daß die Zweifelsfragen über die Fortgeltung vorkonstitutioneller Gesetze versiegt wären, und es ist theoretisch denkbar, daß unter der Geltung des Grundgesetzes die - nur sukzessiv mögliche - Revision des alten Rechts³⁾ überhaupt nie zum Abschluß kommt. Jedenfalls ist der inzwischen verflossene Zeitraum bereits zu lange⁴⁾, als daß die Unsicherheit hinsichtlich des vorkonstitutionellen Rechts unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtseinheit noch tragbar erscheinen könnte.

Gegenüber den hier aufgezeigten Zielsetzungen des Art. 100 Abs. 1 GG schlägt auch die vom Bundesverfassungsgericht gegen die Einbeziehung des vorkonstitutionellen Rechts ins Feld geführte "Vorwerfbarkeitstheorie" nicht durch⁵⁾. Es mag zutreffen, daß es im Rahmen des Art. 100 Abs. 1 GG Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist, "zu

1) Hufnagl, DVBl 1951, S.277 f. Ähnliche Überlegungen klingen schon im Urt. d. OVG Lüneburg v. 10. Januar 1951, DVBl 1951, S.180 (181) an, wo davon die Rede ist, daß jedenfalls bis zur Instituiierung des Bundesverfassungsgerichts "die Gefahr widersprechender Entscheidungen einzelner Gerichte zu verfassungsrechtlichen Fragen in Kauf genommen werden" müssen. Der Gedanke der Rechtseinheit wird daneben von v. Mangoldt, Kmt. Anm. 3 zu Art.100 GG (S. 540 u. 541) besonders hervorgehoben; ferner Grossart, Diss. S.125. Zum Problem im ganzen vgl. auch die gutachtliche Äusserung des BayVerfGH im Anschluß an das Urteil vom 15. Oktober 1948, zitiert bei Holstein, MDR 1949, S.98. Der BayVerfGH beanspruchte von Anbeginn mit gewichtigen Gründen auch die Verwerfungskompetenz für vorkonstitutionelles Recht.

2) BVerfGE 2, S. 124 (131).

3) Etwa durch Erlass vollständig neuer Gesetze.

4) Man vergleiche etwa die Fristbestimmung in Art. 117 Abs. 1 GG.

5) BVerfGE 2, S.124 (129) im Anschluß an BVerfGE 1, S.184 (197).

verhüten, daß jedes einzelne Gericht sich über den Willen des Bundes- oder Landesgesetzgebers hinwegsetze, indem es die von ihnen beschlossenen Gesetze nicht anwendet ...¹⁾ Dieser Gedanke der Wahrung der Autorität des Gesetzgebers, welcher zugestandenermaßen auf vorkonstitutionelle Gesetze nicht anwendbar ist, kann jedoch allenfalls eine Komponente in den mehrschichtigen ratio des Art. 100 Abs. 1 GG darstellen, wobei davon ausgegangen werden kann, daß die verschiedenen Komponenten alternativ zum Zuge kommen. Deshalb wird es nicht möglich sein, mit der These von der Wahrung der Autorität des Gesetzgebers das Prinzip der Rechtseinheit in den Hintergrund zu drängen.²⁾

Die Konsequenzen, welche die Kompetenzbeschränkung auf nachkonstitutionelles Recht zeitigt, sind in mehrfacher Weise befremdend. So ist gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts begründet, wenn die Vereinbarkeit eines späteren einfachen Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz in Frage steht.³⁾ Diesen Gesichtspunkt verwendet v. Mangoldt⁴⁾, um im Wege eines argumentum a fortiori darzutun, daß der Gedanke der Rechtseinheit und des Verfassungsschutzes um vieles mehr die Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Unvereinbarkeit vorkonstitutionellen Rechts mit dem Grundgesetz fordere.

Eine weitere Ungereimtheit hat Schäfer⁵⁾ aufgezeigt: Da die Landesverfassungen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts den formellen Gesetzen gleichzustellen sind⁶⁾,

1) BVerfGE 1, S.184 (197).

2) Ebenso Arndt, JZ 1961, S.289 (290); a.A. wohl Tischbein, NJW 1955, S.1179 (1180), der jedenfalls die These des BVerfG zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen macht.

3) Dagegen soll nach Ansicht des BVerfG jedes Gericht die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem später erlassenen Bundesgesetz feststellen können, vgl. BVerfG, Beschl. v. 6. Oktober 1959, BVerfGE 10, S.124 (128).

4) Kmt., Anm. 3 zu Art. 100 (S.541).

5) NJW 1954, S.1 (4).

6) BVerfGE 1, S.184 (192).

müssen die Gerichte bei Unvereinbarkeit einer Landesverfassung mit dem Grundgesetz diese Frage nur in denjenigen Ländern dem Bundesverfassungsgericht vorlegen, die sich erst nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ihre Verfassungen gegeben haben.¹⁾ In allen anderen Ländern²⁾ dagegen kann der einzelne Richter Bestimmungen der Landesverfassung wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz selbständig außer Anwendung lassen. Die im Range unter der Landesverfassung stehenden nachkonstitutionellen Landesgesetze können die Gerichte jedoch nicht für verfassungswidrig erklären.³⁾

Abschließend sei noch ein Bedenken angesprochen, das hin und wieder gegen die Einbeziehung des überkommenen Rechts unter die Vorlagepflicht angeführt wurde. Es wurde eingewendet, es sei nicht zu verstehen, daß ein Gericht in Fällen ganz klaren Widerspruchs zwischen vorkonstitutionellem Recht und einer Verfassungsnorm darüber nicht selbst sollte befinden können.⁴⁾ Der Württ.-Bad. Verwaltungsgerechtshof meinte, es wäre "geradezu absurd", wenn etwa ein Strafgericht die in § 211 StGB - früher - vorgesehene Todesstrafe sich erst als mit Art. 102 GG unvereinbar bestätigen lassen müßte. Hier wurde übersehen, daß in derartigen Fällen sich das höherrangige Gesetz als lex superior specialis darstellt. Damit entfällt aber sowohl die Problematik der Verfassungsauslegung wie auch die Gefahr der Rechtszersplitterung⁵⁾, so daß nach dem oben Gesagten für die Anwendung des Art. 100 Abs. 1 GG kein Raum bleibt.

Zusammenfassend kann somit vorerst festgehalten werden, daß weder historische noch dogmatische Gründe

- 1) Dies sind die Länder Baden-Württemberg, Hamburg, Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen (zitiert nach Schäfer a.a.O. Anm. 38).
- 2) Mithin Bayern, Bremen, Hessen u. Rheinland-Pfalz.
- 3) Ebenso Schäfer a.a.O.
- 4) So Urt. d. Württ.-Bad. VGH v. 14. Juni 1951, BVBl 1951, S.760 (762); entsprechend für das Verhältnis Landesrecht - späteres Bundesgesetz: Bachof, DVBl 1951, S.13 (15).
- 5) Auch die Autorität des Gesetzgebers ist nicht im Spiele. Mit Recht hat deshalb der OGHZ im Urt. v. 14. Juni 1949 (SJZ 1949, Sp. 489) Art. 102 GG selbst durchgeführt.

ersichtlich sind, die Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts zu untermauern.¹⁾

II. Kritik anhand anderer Grundsätze des Normenkontrollverfahrens.

1. Die Selbstbeschränkung und das Prinzip des objektiven Verfahrens

Der These des Bundesverfassungsgerichts, bei der konkreten Normenkontrolle (Art.100 Abs.1 GG) werde dem Gesetzgeber von den Gerichten unterstellt, er habe durch seinen Gesetzgebungsakt das Grundgesetz verletzt²⁾, scheint die gleichfalls von dem Gericht vertretene³⁾ Maxime zu widerstreiten, bei der Normprüfung werde lediglich objektiv festgestellt, ob zwischen der Verfassung und einer gesetzlichen Vorschrift Übereinstimmung herrscht oder nicht. Gerade um eine solche objektive Feststellung eines Widerspruchs zur Verfassung geht es aber, so könnte man einwenden, auch bei der Prüfung vorkonstitutionellen Rechts. Um den angeführten Grundsatz eventuell pro substrata materia brauchbar machen zu können, bedarf es zunächst einer Charakterisierung dessen, was unter diesem "objektiven Verfahren" zu verstehen ist.

Wie das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 7. März 1953⁴⁾ dargetan hat, kann ein Verfassungsgericht zuständig sein, das Handeln der Staatsorgane oder das Ergebnis ihres Handelns zu kontrollieren. Der erste Fall ist gegeben, wenn die Tätigkeit der gesetzgebenden Organe, der Erlaß eines Gesetzes bzw. die Einzelakte des Gesetzgebungsverfahrens Gegenstand eines Organstreites⁵⁾ werden. Hier behauptet ein Beteiligter, in seine - verfassungsmäßig geschützten -

1) Außer der bereits angeführten Literatur vertreten dieselbe Ansicht (allerdings ohne Begründung): Geiger, DRiZ 1951, S.172 (174), Holtkotten in BK, Anm.II 6 zu Art.123 GG, Ipsen, Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, S.817.

2) BVerfGE 2, S.124 (131).

3) Vgl. Urt.v. 23. Oktober 1951, BVerfGE 1, S.14 (31); Beschl. v. 31. Januar 1952, BVerfGE 1, S.108 (109); Urt. v. 5. April 1952, BVerfGE 1, S.208 (219 ff.); besonders deutlich Urt. v. 30. Juli 1952, BVerfGE 1, S.396 (Leits.2); Urt. v. 7. März 1953, BVerfGE 2, S.143 (151); Beschl. v. 22. April 1953, BVerfGE 2, S.213 (217); Beschl. v. 10. Juni 1953, BVerfGE 2, S.307 (311)

4) BVerfGE 2, S.143 (177)

5) Z.B. Art.93 Abs.1 Ziff.1 GG, § 13 Ziff.5 BVerfGG.

Rechte sei eingegriffen worden¹⁾). Das Verfahren, das die Beilegung dieses Streites zum Gegenstand hat, kennt einen Antragsteller und - dies ist bedeutsam - auch einen Antragsgegner²⁾). Es handelt sich demnach um ein kontradiktorisches Parteiverfahren.

Anders verhält es sich im zweiten Fall, wo nach der Diktion des Bundesverfassungsgerichts das Ergebnis des Handelns der Gesetzgebungsorgane mit höherrangigen Normen verglichen wird. Zwar löst auch hier ein Antrag (nämlich derjenige des vorlegenden Gerichts³⁾) die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts aus, doch ist nach dessen Eingang das Verfahren "von Amts wegen durchzuführen"⁴⁾. Das Normenkontrollverfahren ist "ein seinem Wesen nach von subjektiven Berechtigungen unabhängiges objektives Verfahren zum Schutze der Verfassung"⁵⁾; es dient demgemäß nicht dem Schutze einer subjektiven Individualrechtsstellung⁶⁾. So ist dieser Verfahrensart ein Anspruchsgegner fremd⁷⁾ und selbst zwischen dem "Antragsteller" und jenem des ersten Falles bestehen strukturelle Differenzen. Bei der konkreten Normenkontrolle übernimmt der Vorlagebeschluß die Funktion des Antrags⁸⁾⁹⁾.

1) BVerfG a.a.O.

2) Vgl. § 63 BVerfGG

3) Vgl. § 80 Abs. 3 BVerfGG

4) BVerfGE 1, S.14 (31). Dies gilt sowohl für das konkrete wie für das abstrakte Normenkontrollverfahren - vgl. BVerfG a.a.O. u. BVerfGE 1, S.208 (219).

5) BVerfGE 1, S.396 (Leits. 2 u. S. 407), wiederholt in BVerfGE 2, S.213 (217) u. BVerfGE 2, S. 307 (311). Ebenso Geiger, Kmt. Anm. 1 zu § 82 (S.259); ders. in DÖV 1952, S.481 (485); Lechner, Kmt. Anm. 6a zu § 13 Ziff. 6 (S.91) u. Anm. zu § 82 Abs.2 (S.249).

6) Auch aus diesem Grunde ist beim Normenkontrollverfahren auf Antrag eines Strafgerichtes die Beordnung eines Pflichtverteidigers nicht zulässig, vgl. Beschl. v. 31. Januar 1952, BVerfGE 1, S.108.

7) Bestimmte Verfassungsorgane haben lediglich ein sog. Beitrittsrecht zuerkannt erhalten (§ 82 Abs. 2 BVerfGG); dadurch erhalten sie wohl eine besondere Rechtsstellung im Verfahren, doch ist diese "Beteiligung" begrifflich nicht notwendig - vgl. BVerfGE 2, S.213 (217). Das Verfahren wird auch ohne derartige Beteiligung durchgeführt - vgl. BVerfGE 1, S.14 (31). Zur Frage, ob beim konkreten Normenkontrollverfahren, wo es keine Parteien gibt, ein solcher Beitritt überhaupt sinnvoll ist, vgl. Geiger, Kmt. Anm. 1 zu § 82 (S.260) (ablehnend) u. Lechner, Kmt. Anm. zu § 82 Abs.2 (S.249).

8) So auch Geiger a.a.O.

9) Dadurch ergibt sich ein Unterschied zwischen der abstrakten und der konkreten Normenkontrolle - vgl. § 13 Ziff. 6 u. Ziff. 11 BVerfGG.

Der objektive Charakter des Verfahrens wird also noch dadurch unterstrichen, daß auch die Ingangsetzung des verfassungsgerichtlichen Verfahrens auf die Initiative einer neutralen Stelle zurückzuführen ist.

Setzt man dieses Prinzip des objektiven Verfahrens in Beziehung zur Vorwerfbarkeitstheorie, so muß beachtet werden, daß bei der hier angesprochenen "Objektivität" die Akzentsetzung nicht auf der eigentlichen verfassungsrichterlichen Prüfungstätigkeit liegt, sondern auf dem formal-rechtlichen Ablauf des Normenkontrollverfahrens. Mit dem Kriterium des objektiven Verfahrens soll die Gegensätzlichkeit zu solchen Prozessen herausgestellt werden, bei welchen subjektive Berechtigungen zur Austragung gelangen. Ein Zusammenhang oder gar Widerspruch mit dem verfassungsrechtlichen Vorwurf, der nach der Version des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber bei Feststellung der Widersprüchlichkeit seines Handelns mit dem Grundgesetz gemacht wird, ist aus diesem Grunde nicht ersichtlich. Für das Problem des vorkonstitutionellen Rechts sind deshalb von dieser Seite keine neuen Aspekte zu gewinnen.

2. Die Selbstbeschränkung und die Anerkennung überpositiven Rechts.

Der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erfolgte Einbruch des naturwissenschaftlichen Denkens in den Bereich der Jurisprudenz und die sich hieraus ergebende bewußte Ablehnung einer metajuristischen Wertlehre kreierten den rechtswissenschaftlichen Positivismus, der in der Weimarer Epoche nicht überwunden wurde. Ob allerdings diese Zeit noch als geschlossen positivistisch bezeichnet werden kann¹⁾, mag bezweifelt werden im Hinblick auf die bereits mit Stammler wieder einsetzenden rechtsphilosophischen Bemühungen²⁾, vor allem aber in Anbetracht der Forderung Kohlers, auf die scholastisch-thomistische Lehre zurückzugreifen³⁾ und der Kritik Nelsons⁴⁾, die sich gegen die Ablehnung

1) So Welzel, Festschrift für Niedermeyer, S.279

2) Hierzu Boehmer, S. 140 ff.

3) ARuWPh, Bd.10 (1916), S.235

4) S.2 f.

metaphysischer Grundlagen wandte. Wenn auch die prominentesten Geister jener Zeit, so etwa Anschütz¹⁾, Thoma²⁾, Stammler³⁾, Kelsen⁴⁾ und Radbruch⁵⁾ im Grunde in positivistischer Haltung verharrten, so waren doch die Bemühungen um die Wiedererlangung einer transzendenten Rechtswertlehre nicht zu übersehen⁶⁾ und im Jahre 1931 stellte Beling fest: "Der Positivismus ist in eine Verteidigungsstellung gedrängt"⁷⁾. So kennzeichnet sich die spätere Weimarer Zeit als Epoche des Umbruchs ohne gemeinsame Weltanschauung, und nicht zuletzt hat dieses Fehlen eines fest verwurzelten Glaubens an unverrückbare metaphysische Werte mit zum Scheitern des Weimarer Staates beigetragen. Nur so konnte es dem Nationalsozialismus gelingen, sich abrupt von der Vergangenheit loszusagen und zugleich aber die vorgefundenen Ansätze auszunutzen, um sie unter scheinbarer Anprangerung des Positivismus in seltsamer Perversion der eigenen Ideologie zuzuführen⁸⁾. Aus dem revolutionär-autoritären

- 1) Vgl. etwa Staatsrecht, S.26, u. JW 1930, S.2915 (2916)
- 2) Vgl. seine Kritik des Laband'schen "einseitigen Logizismus" in HDStR, 1. Bd., S.4 f. und die dortige Niederlegung einer eigenen, metapositivistischen Lehre; ferner in Nipperdey, Die Grundrechte, 1. Bd., S.50 f.
- 3) Vgl. Lehrb. d. Rechtsphilosophie, S.55, 65 u. 102; Wirtsch. u. Recht, S.165, 169, 170; hierzu Boehmer S.141 f.
- 4) Vgl. Philosophische Grundlagen, S.32 ff. u. vor allem der "radikale Verzicht auf jede transzendente Rechts-idee" (Boehmer, S.143) in der "Reinen Rechtslehre".
- 5) Vgl. Grundzüge, S.2, Einführung S.209 f.
- 6) Dies kann im einzelnen hier nicht nachgewiesen werden; um den gegebenen Rahmen nicht zu sprengen, mag deshalb der Hinweis auf Boehmer, S.139 ff. genügen. Exemplarisch soll noch Kaufmanns Kritik des "metaphysikfreien, abstrakten Formalismus" (in: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, Kap.VI) angeführt werden; dazu Smend, Festgabe für Erich Kaufmann, S.391 (395)
- 7) Vom Positivismus zum Naturrecht u. zurück, S.1. Die Wiederbelebung naturrechtlicher Ideen konstatieren in jener Zeit auch M. Rümelin, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.17 u. 70, Kelsen, Reine Rechtslehre, 1.Aufl., S.24 f. u. Anschütz, VVDStRL Heft 3 (1927), S.47. Über die zwiespältige Rechtsprechung des RG vgl. einerseits Urt.v.28. April 1921, RGZ 102, S.161 (164); Urt.v. 4. November 1927, RGZ 118, S.325 (327 f.); Urt.v. 11. Oktober 1929, RGZ 125, S.420 (421); andererseits die Äußerungen außerpositiven Charakters, Urt.v. 16. Februar 1914, RGZ 84, S.188 (194); Urt.v. 20. November 1916, RGZ 89, S.120 (121) u. in der bereits zitierten Entscheidung RGZ 102, S.161 (165).
- 8) Der völkische Gedanke, der dem Begriff des Naturrechts einverleibt wurde (Dietze S.819 f.), kommt vor allem in der höheren "Bindung" zum Ausdruck, die C. Schmitt "in uns selbst und unserer eigenen Art" gefurden zu haben glaubt (Staat, Bewegung, Volk, S.46; s.auch S.45); kennzeichnend

Charakter des nationalsozialistischen Rechtsdenkens ergab sich eine notgedrungene Antinomie: Die freirechtliche Umgestaltung der angetroffenen Rechtskomplexe stand in krassem Gegensatz zu dem strengen Positivismus bei der Anwendung der "Führergesetze"¹⁾. Die Auslegung der neuen Gesetze hingegen ("Recht ist, was dem Volke nützt") geschah durch obrigkeitlichen Machtspruch.

Nur auf dem Hintergrund des Willkürstaates und der bitteren Erfahrungen mit positiviertem Unrecht ist die Vehemenz zu verstehen, mit welcher nach der Zerschlagung der Diktatur die Ideen des Naturrechts von Wissenschaft und Rechtsprechung beschworen wurden. Die Menschenrechte wurden in der Verfassung verankert²⁾.

Seit seinerstituierung³⁾ steht das Bundesverfassungsgericht, was die Fragen des überpositiven Rechts angeht, in der vordersten Linie seiner Verfechter. Schon in einem seiner ersten Erkenntnisse - Urteil vom 23. Oktober 1951⁴⁾ - bekennt sich das Gericht zu den "jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätzen"⁵⁾ und zur "Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechts"⁶⁾. Überdies werden die Grundrechte als

auch das "konkrete Ordnungsdenken" C. Schmitts (Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S.67). Für die übrige Wissenschaft vgl. Forsthoff, Der totale Staat, S.30 f., H. Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, S.20 ff., Larenz, Volksgeist u. Recht, S.40 u. Freisler, Richter u. Gesetz, S.4 ff.

1) Ebenso Boehmer, S.215

2) Art.1 Abs.2 GG u. der gesamte Grundrechtskatalog, dem allgemein naturrechtlicher Charakter zugeschrieben wird. Vorher schon der BGH; vgl. Urt. v. 15. März 1951, BGHZ 1, S.274, 276; Urt. v. 16. Mai 1951, BGHZ 2, S.150 (156); Beschl. v. 20. Juni 1951, BGHZ 2, S.300 (310); Urt. v. 12. Juli 1951, BGHZ 3, S.94 (107); Urt. v. 8. Februar 1952, BGHZ 5, S.76 (96 u. 97); Beschl. d. GS v. 10. Juni 1952, BGHZ 6, S.270 (275 u. 279); Urt. v. 13. Juli 1951, BGHSt 1, S.274 (276); Urt. v. 29. August 1952, BGHSt 3, S.165 (167); Gutachten v. 28. April 1952, BGHSt 4, S.385 (390); Urt. v. 1. Dezember 1953, BGHSt 5, S.136 (139), wobei sich allerdings der Terminus "Naturrecht" nur vereinzelt findet - der umstrittene Begriff wird oft mit "Gerechtigkeitsidee", "materiale Gerechtigkeit", "Grundsätze der Gerechtigkeit" umschrieben.

4) BVerfGE 1, S.14

5) A.a.O., S.17, Leits. 21 a

6) A.a.O., S.18, Leits.27 und S.32; ferner Beschl. v. 19. Dezember 1951, BVerfGE 1, S.97(100); Urt. v. 5. April 1952, BVerfGE 1, S.208 (233); Beschl. v. 24. April 1953, BVerfGE 2, S.237 (265); Urt. v. 1. Juli 1953, BVerfGE 2, S.380 (403); Urt. v. 18. Dezember 1953, BVerfGE 3, S.225 (233 ff.)

positivierte übergesetzliche Rechtswerte anerkannt; so wird von der "objektiven Wertordnung" gesprochen, die das Grundgesetz "aufgerichtet" hat¹⁾ und von den "im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten"²⁾. Besonders deutlich kommt dies in einer bereits zitierten Entscheidung zu Art. 3 GG zum Ausdruck, wo der Gleichheitssatz als den Grundbestandteilen unserer verfassungsmäßigen Ordnung derart immanent erachtet wird, "daß auf den überpositiven Rechtsgrundsatz zurückgegriffen werden müßte, wenn der Gleichheitssatz nicht in Art. 3 GG geschriebenes Verfassungsrecht geworden wäre"³⁾; er ist ein "von der Verfassung anerkannter überpositiver Rechtsgrundsatz"⁴⁾.

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 18. Dezember 1953⁵⁾ nicht gezögert, auch die letzte Konsequenz einer überpositiven Rechtswertlehre zu ziehen, indem es die von Bachof in die Diskussion geworfene These von der Möglichkeit "verfassungswidriger Verfassungsnormen"⁶⁾ aufgreift und für diesen Fall die Entscheidungskompetenz beansprucht⁷⁾. Bei einem unerträglich hohen Maß des Widerspruchs zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit, so wird unter Hinweis auf Radbruch⁸⁾ ausgeführt, müsse der Grundsatz der Rechtssicherheit demjenigen der materialen Gerechtigkeit weichen, denn es würde "einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten", wenn man dem ursprünglichen Verfassungsgeber eine umfassende Ordnungsgewalt nach seinem Willen zugestehen

Urt. v. 26. Februar 1954, BVerfGE 3, S.288 (321); Urt. v. 20. Juli 1954, BVerfGE 4, S.7 (18); Beschl. v. 5. Oktober 1955, BVerfGE 4, S.294 (296); Urt. v. 17. August 1956, BVerfGE 5, S.85 (139 u. 206), um nur die ersten einschlägigen Fundstellen zu nennen.

1) Urt. v. 15. Januar 1958, BVerfGE 7, S.198 (205)

2) Urt. v. 23. Oktober 1952, BVerfGE 2, S.1 (13)

3) BVerfGE 1, S.208 (233)

4) A.a.O., S.243

5) BVerfGE 3, S.255

6) Vgl. die gleichnamige Schrift Bachofs

7) A.a.O., S.230 ff.

8) Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S.353

würde¹⁾. Das Grundgesetz selbst habe das Bundesverfassungsgericht dazu bestimmt, die "Unantastbarkeit der im Grundgesetz getroffenen Grundentscheidung zu gewährleisten", so daß "der Verfassungsgerichtsbarkeit ... auch die Prüfung von Verfassungsnormen am Maßstab des in die Verfassung einbezogenen und in ihr vorausgesetzten übergesetzlichen Rechts obliegen" müsse²⁾.

Betrachtet man die Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts unter dem Aspekt der Anerkennung der Verfassung als Positivierung vorgegebener Ordnungsprinzipien, so ergeben sich Widersprüche. Da die Grundentscheidungen bei Schaffung der Verfassung vorgefunden wurden, die Grundrechte also "nur" als Konkretisierung überzeitlich und überörtlich geltender Normen zu begreifen sind, ist für die Frage der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit eben diesen Rechtswerten der Zeitpunkt ihrer Positivierung völlig unerheblich³⁾. Unter diesem Gesichtspunkt gerät die Vorwerfbarkeitstheorie vollends ins Wanken. Der Leitgedanke, welcher dem Verfassungsgeber bei der Niederlegung überpositiver Normen im Grundrechtsteil der Verfassung vorschwebte, war die Garantierung dieser Menschenrechte, durch deren Offenlegung der staatlichen Gewalt eine sichtbare und unumgängliche (Art.19 Abs.2 u. 79 Abs.3 GG) Schranke errichtet werden sollte. Die schlechten Erfahrungen mit gesetzlichem Unrecht in der jüngsten Vergangenheit ließen es indessen erforderlich erscheinen, den Schutz der Verfassung - und damit letztlich den Schutz des Individuums - in die Hände

- 1) BVerfG a.a.O., S.232; für die Kompetenz des BVerfG spräche die Sorge um die Würde und Autorität der gesetzgebenden Gewalt, die beim pouvoir constituant in noch stärkerem Maße zuträfe als beim einfachen Gesetzgeber (a.a.O., S.231), sowie die Befürchtung, andernfalls könnte ein unteres Gericht die Prüfung selbst vornehmen (a.a.O., S.234). Ablehnend Apelt, NJW 1952, S.733 m.w.N.
- 2) BVerfG a.a.O., S.235, wobei die Argumentation Bachofs, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S.11 ff. u. 47 ff. u. in NJW 1952, S.242 übernommen wird. Vgl. aber auch Ipsen, Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, S.812, der den Inhaber des richterlichen Prüfungsrechts unter dieser Voraussetzung als der Aufgabe enthoben sieht, "jenseits oder oberhalb der Verfassung stehende Wertmaßstäbe an die zu prüfende Norm anzulegen".
- 3) Auf diesen Widerspruch hat bislang, soweit ersichtlich, nur Lechner, Kmt., Anm.5 zu § 13 Ziff.11 BVerfGG (S.112) hingewiesen.

einer unabhängigen Justiz zu legen¹⁾. Richtig verstanden ist es dann vornehmste Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, dem Bürger zu seinem Recht zu verhelfen, wobei die Konzentrierung des Verwerfungsmonopols beim höchsten Gericht Zeugnis für die Rangstellung ablegt, die dem Schutzgedanken an sich vom Verfassungsgeber eingeräumt wurde²⁾. Die Würde und Autorität des Gesetzgebers, auf die das Bundesverfassungsgericht entscheidend abstellt, mag für die Errichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit Leitmotiv gewesen sein, um nicht die Kontrolle des Parlaments in die Hand jedes Amtsrichters zu legen. Davon zu trennen ist jedoch die Konzentrierung der Verwerfungskompetenz beim Bundesverfassungsgericht; ihr liegt entscheidend der Gedanke der Rechtssicherheit und Rechtseinheit zu Grunde. Das Erfordernis der Rechtseinheit kann aber nicht deshalb in den Hintergrund gedrängt werden, weil nicht zugleich die Würde und Autorität des Gesetzgebers gefährdet erscheint.

I. Prozessökonomische Erwägungen

Es war G.A. Zinn, der in seinem Referat auf dem 37. Dt. Juristentag³⁾ erstmals den Gedanken der Prozeßökonomie in die Debatte um den Umfang der verfassungsgerichtlichen Kompetenz warf; er führte damals aus, daß mit der Beschränkung auf vorkonstitutionelles Recht "das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts aus praktischen Erwägungen heraus eine durchaus wünschenswerte Einschränkung erfahren hat"⁴⁾. Bachof greift diesen Gedanken auf und stellt ihn an den Anfang seiner Erwägungen⁵⁾: Die aus einer allumfassenden Kompetenz resultierende erhebliche Belastung der Verfassungsgerichte würde in vielen Fällen zu einer "bedenklichen Verzögerung der Rechtsprechung" führen. Diese Bedenken sind in der Tat nicht zu unterschätzen. Den Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind durch die

- 1) Mit Recht spricht Marcic, S.347 in diesem Sinne vom BVerfG als einem "Hort der Freiheit".
- 2) Daneben, wie früher dargelegt, Erwägungen der Rechtssicherheit und Rechtseinheit - vgl. oben S.24 ff.
- 3) Verhandlungen des 37. Dt. Juristentages, S.46 ff.
- 4) A.a.O., S.56.
- 5) DVBl 1951, S.13 (14).

Geringhaltung seiner Mitgliederzahl und die Beschränkung auf zwei Senate vom personellen Bestande her Grenzen gesetzt, so daß bei Überweisung des gesamten - jedenfalls formell - geltenden Rechts in seine Zuständigkeit zumindest anfänglich die Gefahr des Stillstandes der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht von der Hand zu weisen gewesen wäre. Dennoch wurde teilweise bezweifelt, ob solch rechtspolitischen Aspekten die verfassungsrechtlichen Postulate der Rechtssicherheit und Rechtseinheit hintanzustellen sind¹⁾.

Das Bundesverfassungsgericht zieht denn auch in seinem Urteil vom 24. Februar 1953²⁾ dieses Argument expressis verbis nicht heran. Als Nebengrund spielen prozeßökonomische Gedanken lediglich im Urteil vom 20. März 1952³⁾ eine Rolle, worin die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts durch die Beschränkung auf formelle Bundes- oder Landesgesetze ihre erste Einbuße erlitten hatte. Damals wurde ausgeführt: "Angesichts der sonstigen umfangreichen Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts entspricht die hier entwickelte Auslegung auch dem Gebot, die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Normenkontrolle auf wichtigere Aufgaben zu beschränken⁴⁾". Immerhin wird die Annahme nicht völlig abwegig sein, daß das Urteil vom 24. Februar 1953 ebenfalls - wenn auch unausgesprochen - mit von prozeßökonomischen Überlegungen getragen wird. Dagegen könnte im Grunde nichts eingewendet werden. Verfassungstheoretisch gesehen ist die Verfassungsgerichtsbarkeit keine notwendige Folgerung des Rechtsstaates oder der Demokratie⁵⁾. Den Prinzipien des Rechtsstaates genügt ebenso die volle Entscheidungsfreiheit und Souveränität des Parlaments, und aus der Gewaltenteilung als in erster Linie "politischem Prinzip der Machtverteilung" folgt "die Unabhängigkeit der Gerichte, aber nicht notwendig ihre Mitwirkung bei der Wahrung eines Vorranges der Verfassung"⁶⁾. Nun hat sich

1) Verneinend v. Mangoldt, Kmt. Anm. 3 zu Art.100 GG (S.541)

2) BVerfGE 2, S.124

3) BVerfGE 1, S.184

4) A.a.O., S.200 f.

5) Apelt, NJW 1952, S.1 (2) u. Scheuner, DVBl 1952, S.293 (294)

6) Scheuner a.a.O., S.295

zwar der Verfassungsgeber im Jahre 1949 für die verfassungsgerichtliche Prüfung der Einhaltung fester Verfassungsschranken entschieden; konzidiert man jedoch dem Bundesverfassungsgericht die Gefahr der Stagnation seiner Tätigkeit infolge einer durch zu weitgehende Zuständigkeit bedingten übersetzten Anforderung, so könnte man annehmen, daß demgegenüber eine Kompetenzbeschränkung dem Willen des Verfassungsgebers bei Vorausschau der Ereignisse¹⁾ eher entsprochen haben würde. Weniger bedeutet hier tatsächlich mehr, denn die Kontrollfunktion würde ihres Sinnes beraubt, und es käme einer Rechtsverweigerung nahe, wenn mit dem Spruch des Bundesverfassungsgerichts auf Jahre hinaus nicht gerechnet werden könnte.

Obwohl dogmatisch nicht haltbar, kann die Selbstbeschränkung so aus rein praktischen Gründen ihre Rechtfertigung erfahren, wenn man unterstellt - wogegen kaum Bedenken bestehen werden - daß die Überlastung des Gerichts nicht als bloße Anfangsschwierigkeit abgetan werden kann.

II. Die Antinomie der Selbstbeschränkung

Die mit der Kompetenzbeschränkung auf nachkonstitutionelles Recht bezweckte Entlastung des Bundesverfassungsgerichts ist nur teilweise gelungen. Als unproblematisch stellte sich das Ausscheiden jener Gesetze dar, die seit Inkrafttreten des Grundgesetzes keine Änderung erfahren hatten. Daneben stand jedoch die große Anzahl derjenigen Gesetze, welche vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber in bestimmten Teilen eine Änderung erfahren hatten. Verbot sich damit bereits zur Feststellung der Vorlagepflicht der Blick auf das Verkündungsdatum, so zeigte sich daneben sehr bald eine weitere Schwierigkeit: Da die Einzelbestimmungen eines Gesetzes nicht für sich allein, sondern jeweils unter Berücksichtigung der logisch-systematischen

1) Vor allem der beschränkten Mitgliederzahl des Gerichts, die erst später durch Bundesgesetz geregelt wurde.

und inhaltlich-sachlichen Zusammenhänge zu anderen Normen zu betrachten sind, war die eindeutige Unterscheidung zwischen vor- und nachkonstitutionellen Vorschriften von Anfang an in Frage gestellt. Aus der Entlastung im Wege der Selbstbeschränkung erwuchs so dem Bundesverfassungsgericht zugleich eine neue Aufgabe in Gestalt des Abgrenzungsproblems, welches keiner generellen Lösung zugeführt werden konnte. Wie noch zu zeigen sein wird, erlauben es die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Abgrenzungskriterien dem erkennenden Richter nicht, Vorlagepflicht oder eigene Prüfungskompetenz auch nur mit annähernder Sicherheit zu eruieren. Um keinesfalls die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zu beschneiden, wird deshalb der Prozeßrichter bei Zweifeln über die Einordnung einer gesetzlichen Bestimmung unter die neuen Kategorien fürsorglich vorlegen. So gesehen war der Entlastung des Bundesverfassungsgerichts eine neue Inanspruchnahme und Belastung immanent.

D. Begriffliche Ergänzung: Sonstige Verschiedenbehandlung
des vorkonstitutionellen Rechts.

Der im Zusammenhang mit Art. 100 Abs.1 GG vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Begriff des vorkonstitutionellen Rechts wurde in der Folgezeit auch für andere Rechtsgebiete fruchtbar gemacht. Um der Vollständigkeit der begrifflichen Systematik willen soll hierauf im folgenden noch eingegangen werden.

I. Diskriminierung verfassungsrechtlicher Schutzklauseln

1. Mit Beschluß vom 21. Juli 1955¹⁾ hat das Bundesverfassungsgericht vom Geltungsbereich der Junctimklausel²⁾ des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG diejenigen Gesetze ausge-

1) BVerfGE 4, S.219 (Leits.1 u. 236 f.)

2) Diesen Begriff des Junctim (Entschädigungs-junctim) verwendet als erster Ipsen, vgl. VVDStRL Heft 10, S.74 (78, 96 f.)

nommen, die vor Inkrafttreten des Grundgesetzes verkündet wurden¹⁾. Dies hat zur Folge, daß noch heute aufgrund alter Gesetze, die einer Entschädigungsregelung ermangeln, Enteignungen vorgenommen werden können; die Existenz solcher Gesetze scheitert nach dieser Meinung nicht etwa an Art.14 Abs.3 Satz 2 GG²⁾. Begründet wird diese Auffassung entweder damit, daß derartige Gesetze - sofern unter der Geltung der Weimarer Verfassung erlassen - "ohne weiteres als durch Art.153 Abs.2 Satz 2 WRV ergänzt gelten"³⁾ oder mit dem Hinweis, Art.14 Abs. 3 Satz 2 GG als "Erzwingungsnorm" ergänze die ihm nicht entsprechenden (vorkonstitutionellen) Gesetze⁴⁾.

- 1) Nachdem bereits im Beschl. vom 24. April 1953, BVerfGE 2, S.237 (245 f.) unter Hinweis auf RGZ 109, S.11 (15) klargestellt worden war, daß Art.14 Abs. 3 Satz 2 GG eine solche (entschädigungslose) Enteignung nicht anfechtbar macht, die vor Inkrafttreten des GG bereits vollzogen war; so auch die h.M.: Vgl. Urt. des OVG Münster v. 3. April 1952, DVBl 1952, S.534 (am Ende); OVG Hamburg, Urt. v. 20. April 1953, DVBl 1954, S.302 (Leits. 4); BVerwG, Urt. v. 26. März 1955, BVerwGE 2, S.35 (= DVBl 1955, S.638); BVerwG, Beschl. v. 23. April 1956, BBauBl 1956, S.534; BVerwG, Urt. v. 13. März 1957, MDR 1957, S.506 (507); Asal, S. 17; W. Weber in DVBl 1955, S.40 (43); ders., Eigentum u. Enteignung, S.387; Scheuner in Reinhardt-Scheuner, S.148; Rudolf, DÖV 1959, S.674 (675); Herbert Krüger, AöR 77, S.46 (63); Forsthoff 7. Aufl., S.306; Maunz 9. Aufl., S.189; v. Mangoldt-Klein 2. Aufl., Anm. VII.8c zu Art.14 (S.450); a.A. BGHZ 6, S.270 (275).
Ein Aufleben der Entschädigungspflicht ab Inkrafttreten des GG bei Dauerbeschränkungen bejahen W. Weber, DVBl 1955, S.40 (43); ders., Eigentum u. Enteignung, S.387; v. Mangoldt-Klein a.a.O.
- 2) So auch BVerwG, Urt. v. 23. April 1956 in BBauBl 1956, S.534; Bachof, DÖV 1954, S.592 (Anm.3); Ipsen, VVDStRL Heft 10, S.74 (97); Haas, MDR 1951, S.650 (652); Hamann, Kmt. Anm. B 11 zu Art.14 (S. 172); v. Mangoldt-Klein, Anm. VII.8c zu Art.14 (S.450); Maunz S.189; Rudolf, DÖV 1959, S.674; a.A. jedoch Bad. VGH Freiburg, Urt. v. 31. März 1952, DVBl 1953, S.88 (Leits. 6 und S.94); OVG Hamburg, Urt. v. 20. April 1953, DVBl 1954, S.302 (303); W. Weber, Eigentum und Enteignung, S.386; ders. DVBl 1955, S.40 (41); Scheuner in Reinhardt-Scheuner S.147 f.
- 3) so BVerfGE 4, S.219 (237); dem BVerfG folgend v. Mangoldt-Klein a.a.O.
- 4) So Maunz S.189 u. Hamann, Kmt.Anm. B 11 zu Art. 14 GG (S.172)

Ob diese Differenzierung dogmatisch berechtigt ist, soll zunächst auf sich beruhen. Der hier interessierende Begriff des vorkonstitutionellen Gesetzes ist identisch mit dem anhand des Art. 100 Abs. 1 GG entwickelten. Beide Male erfahren diejenigen Normen eine Sonderbehandlung, die vor Inkrafttreten des Grundgesetzes (24. Mai 1949) erlassen wurden¹⁾.

2. Der Begriff des vorkonstitutionellen Rechts fand weiterhin Eingang in die Interpretation des Art. 19 GG. Im Beschluß vom 10. Februar 1953²⁾ wurde entschieden, dass das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG sich nur auf die künftige Gesetzgebung beziehe. Begründet wird dies mit dem, wie Forsthoff³⁾ mit Recht sagt, im Hinblick auf BVerfGE 2, S.124 etwas "lapidar" anmutenden Satz, das formelle Erfordernis des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG habe "nach Sinn und Zweck der Bestimmung nur für die künftige Gesetzgebung Geltung"⁴⁾. Diese Begründung findet sich vorher schon im Gutachten des Bundesgerichtshofs vom 25. Januar 1952⁵⁾, während ein anderer Senat des Bundesgerichtshofs im Beschluß vom 4. Februar 1952⁶⁾ auf einen entsprechenden Willen des Verfassungsgebers abstellte⁷⁾. Nach dem Spruch des Bundesverfassungsgerichts wurde diese Einschränkung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG von der überwiegenden Meinung

- 1) Wobei das BVerfG die Möglichkeit einer Ausnahmeregelung sieht für solche Gesetze, die zwischen Kapitulation und Inkrafttreten des GG erlassen wurden; dies gelte jedoch nur von Fall zu Fall - vgl. BVerfGE 4, S.219 (237); kritisch dazu Scheuner in Reinhardt-Scheuner, S.148 Anm. 241.
- 2) BVerfGE 2, S.121
- 3) DÖV 1956, S.513 (514)
- 4) BVerfG a.a.O., S.122
- 5) DÖV 1953, S.343
- 6) BGHZ 5, S.46 (54 f.) = DVBl 1952, S.411 (412) mit zustimmender Anm. Bachofs, S.413 = JZ 1952, S.302 = VerwRspr. 4, S.548 (550 f.)
- 7) Vgl. auch Urt. d. Württ.-Bad. VGH (Stuttgart) vom 18. Februar 1952, VerwRspr. 5, S.583 (592) = DÖV 1952, S.280 (mit Anm. Breuninger, S.284), der sich wohl zu Unrecht auf den Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG beruft; ferner OLG Braunschweig, Urt. v. 9. Mai 1952, DVBl 1952, S.533 f.

nachvollzogen.^{1) 2)}

Während bislang die begriffliche Typik des vorkonstitutionellen Gesetzes nicht durchbrochen wurde, geht das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 25. Mai 1956³⁾ einen wesentlichen Schritt weiter. Nunmehr wird die Anwendung des Art.19 Abs.1 Satz 2 GG gar bei solchen Gesetzen ausgeschlossen, die zwar nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen wurden, aber "lediglich bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen"⁴⁾. Damit werden Normen als vorkonstitutionell behandelt, die in Wahrheit auf den Gesetzgeber des Grundgesetzes zurückgehen; das vorkonstitutionelle Gesetz wird "in das vorkonstitutive verwandelt"⁵⁾. Mit Recht hat dieser Beschluß des Bundesverfassungsgerichts dann auch eine heftige Kritik erfahren.⁶⁾

-
- 1) BGH, Urt. v. 31. März 1953, BGHSt 4, S.161 (166); OVG Hamburg, Urt. v. 20. April 1953, DVBl 1954, S.302 (Leits. 4); OVG Lüneburg, Urt. v. 18. Mai 1955, DVBl 1955, S.539 (540); Röhl, AöR 81, S.195 (208 f.); Wernicke, BK Anm. II 1 f B zu Art.19 GG; v. Mangoldt-Klein, Anm. IV 3c zu Art.19 GG (S.550 f.); Zinn-Stein, Anm. 8 zu Art.63 Hess.Verf. (S.314); a.A. ursprünglich E. Wolff, vgl. JR 1950, S.737 (738 Anm.8); zweifelnd Dürig, AöR 79, S.57 (62). Gegen den überspitzten Formalismus in Art.19 Abs.1 schlechthin wendet sich v. Mangoldt, vgl. v. Mangoldt-Klein, Anm. IV 3a zu Art.19; dazu W. Jellinek, Rede z. Gedächtnis v. Mangoldts, S.22 f.
 - 2) Für die Frage, ob die Andersbehandlung des vorkonstitutionellen Rechts auch auf die Absätze 2 und 4 des Art.19 GG Anwendung finden soll, vgl. Württ.-Bad. VGH, Urt. v. 18. Februar 1952, VerwRspr.5, S.583 (592 f.); BGH, Urt. v. 29. November 1951 in DÖV 1952, S.220 (221); Maunz-Dürig, Anm. IX 3a zu Art.19 Abs.4; v. Mangoldt-Klein, Anm. V 8 zu Art.19 (S.566).
 - 3) BVerfGE 5, S.13 (16).
 - 4) BVerfG a.a.O., Leits.1.
 - 5) Forsthoff, DÖV 1956, S.513 (514).
 - 6) Vgl. Forsthoff, a.a.O.; Hamann, Kmt. Anm. B 5 zu Art.19 (S.196); Henrichs, FamRZ 1956, S.274 f.; Hild. Krüger, DVBl 1956, S.711 (712); a.A. Pohle, MDR 1950, S.642 (645).

3. Schließlich wurde Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG von einer ähnlichen Einschränkung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betroffen: "Der Fortbestand der Ermächtigung in einer Rechtsvorschrift aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages (7. September 1949) hängt nicht davon ab, daß die Ermächtigung sich im Rahmen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hält"¹⁾. Abgesehen davon, daß hier die Zäsur nicht beim 24. Mai 1949 (Inkrafttreten des Grundgesetzes), sondern ab Zusammentritt des Bundestages vorgenommen wird, wodurch eine geringe begriffliche Verschiebung zu verzeichnen ist, erfährt die mit dem Urteil vom 10. Februar 1953²⁾ einsetzende Aufteilung des gesamten geltenden Rechts in Normen vor- und nachkonstitutioneller Art ihre Weiterführung.

4. Zusammenfassend kann sonach - mit dem sich aus Ziff. 3 ergebenden Vorbehalt - eine gleichmäßige Abgrenzung und Verwendung des Begriffs der Vorkonstitutionalität festgestellt werden. Ob die Ausscheidung des vorkonstitutionellen Rechts aus dem Geltungsbereich der Art. 14 Abs. 3, 19 u. 80 Abs. 1 Satz 2 GG dogmatisch haltbar ist, erscheint zumindest zweifelhaft.

Einen Sonderfall bildet vielleicht auch in dieser Hinsicht Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Seine unverkennbar enge Beziehung zu Art. 129 GG mag eine Bevorzugung vorgrundgesetzlicher Ermächtigungen rechtfertigen. Man wird Bernh. Wolff insofern zustimmen müssen, daß Art. 129 Abs. 3 GG "sinnlos oder jedenfalls außerordentlich unglücklich gefaßt (wäre), wenn er dahin verstanden werden müßte, daß nicht nur die dort erwähnten Ermächtigungen, sondern auch alle diejenigen erlöschen, die mit Art. 80 Abs. 1 nicht in Einklang stehen"³⁾. Und sicher ist die ratio des Art. 129

- 1) BVerfG, Beschl. v. 10. Juni 1953, BVerfGE 2, S. 307 (Leits. 5 u. S. 326 f.). Ebenso BVerwG, Urt. v. 17. Januar 1958, BVerwGE 6, S. 119 (122 f.); Rubarth, NJW 1952, S. 957 (958); Karl Schmidt, NJW 1952, S. 1239; Weitnauer, MDR 1952, S. 65 (66 f.); Wessel, SJZ 1949, Sp. 805 u. ihm folgend Kleinrahm, DÖV 1952, S. 104 (105 Anm. 11); Bernhard Wolff, AöR 78, S. 194 (209 ff.); a.A. Holtkotten, BK Anm. II A 1 (S. 3) u. Anm. II D 1 zu Art. 129 (S. 12); Bettermann, MDR 1952, S. 1 (S. 4 Ziff. 3b).
- 2) BVerfGE 2, S. 121
- 3) Bernhard Wolff in AöR 78, S. 194 (211); ebenso BVerfGE 2, S. 307 (328).

Abs.3 GG dahin gerichtet, aus praktischen Gründen möglichst viele alte Ermächtigungen aufrechtzuerhalten¹⁾. Da die Mehrzahl der überkommenen Ermächtigungsgesetze den strengen Anforderungen des Art.80 Abs.1 Satz 2 GG nicht genügt, hätte ihr Außerkrafttreten nahezu den Stillstand des Wirtschaftslebens und das Lahmliegen der Staatsmaschinerie bedeutet. Gerade dieser Gefahr will Art.129 Abs.3 GG vorbeugen und schließt deshalb nur diejenigen Ermächtigungen von der Fortgeltung aus, die mit rechtsstaatlich-demokratischen Prinzipien keinesfalls in Einklang zu bringen sind, nämlich die gesetzsergänzenden und gesetzvertretenden Ermächtigungen.

Was jedoch die Art.14 und 19 GG angeht, so sind gegen die Ausklammerung des vorkonstitutionellen Rechts deshalb Bedenken anzumelden, weil dadurch die Schutzfunktion der Vorschriften gemindert wird²⁾. Gerade mit Art.14 GG sollte doch der Eigentumsschutz gegenüber Art. 153 WRV erweitert werden, indem die frühere Befugnis des Reichsgesetzgebers zum Ausschluß der Entschädigung abgeschnitten wurde³⁾. Das Erfordernis der Regelung von Art und Ausmaß der Entschädigung im Enteignungsgesetz selbst schien den Vätern des Grundgesetzes diesen erhöhten Schutz zu gewährleisten. Nach Wortlaut und Willen des Art.14 Abs.3 GG sollten in Zukunft keine Enteignungen mehr möglich sein, bei denen der Umfang der Entschädigung ungewiß ist. Die unmittelbare Heranziehung des Art.14 Abs.3 GG als "Erzwingungsnorm"⁴⁾ oder die Ergänzung solcher Gesetze aus Art.153 Abs.2 Satz 2 WRV⁵⁾ schlägt demgegenüber nicht durch, da in beiden Fällen die konkrete Umschreibung der zu leistenden Entschädigung fehlt. Hier wie bei Art.19 GG wurden jedenfalls mit der Einräumung einer Sonderstellung für vorkonstitutionelles Recht Lücken in die festgefügtten Garantien des Rechtsstaats geschlagen, die sich zwar im

1) Bernh. Wolff a.a.O.; hierauf stellt auch Wessel, SJZ 1949, Sp.805 ab. A.A. Bettermann, MDR 1952, S.1 (4) u. Holtkotten, BK Anm. II D 1 zu Art.129 (S.12)

2) So Forsthoff, DÖV 1956, S.513 (514)

3) W. Weber, Eigentum und Enteignung, S.386

4) Maunz, S.189

5) BVerfGE 4, S.219 (237)

Laufe der Zeit und mit der Überarbeitung des gesamten geltenden Rechts durch den neuen Gesetzgeber langsam schließen werden, die aber dennoch auf Jahre hinaus die Gefahr eines Überhanges diktatorischer Regelungen bergen. Dem Rechtsstaat können wir nun mal, wie Hild. Krüger sagt, "nur mit formeller Strenge zum Siege verhelfen"¹⁾. Die überspitzten und auch unnötigen Zugeständnisse, wie sie dem vorkonstitutionellen Recht und damit der unvollkommenen modernen Gesetzgebungstechnik im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Mai 1956²⁾ gemacht werden, erscheinen darum umso bedenklicher.

II. Die Bedeutung des vorkonstitutionellen Rechts beim Prüfungsrecht der Verwaltung

Obwohl sich die neueren Untersuchungen³⁾ zur Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung überwiegend auf das Verhalten der zweiten Gewalt gegenüber nachkonstitutionellen verfassungswidrigen Gesetzen beschränken⁴⁾, wird neuerdings auch hier eine Sonderbehandlung des vorkonstitutionellen Rechts befürwortet⁵⁾. Die Begründung wird, soweit man eine solche überhaupt abgibt, an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1953⁶⁾ angelehnt. Die Außerkraftsetzung verfassungswidrigen vorkonstitutionellen Rechts erfolge nach Art. 123 Abs.1 GG gemäß dem Satz der lex posterior... Damit stehe "jedes Rechtsanwendungsorgan - Gericht und Verwaltungsbehörde - einem Gesetz gegenüber, das keine Geltung mehr besitzt und deshalb der Rechtsordnung nicht mehr angehört". Jedes Rechtsanwendungsorgan habe deshalb dieses Gesetz grund-

1) DVBl 1956, S. 711 (712)

2) BVerfGE 5, S. 13 (16)

3) Zur älteren Literatur vgl. die Nachweise bei Bachof, AöR 87, S.1 (S.2 Anm. 4).

4) Vgl. Arndt, DÖV 1959, S.81; ders. BB 1959, S.533 und S.838; ders. BB 1960, S.993; ders. NJW 1959, S.2145; Benz, Bad.-Württ.VBl 1960, S.7; Dürig in Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 66 zu Art.20; Faller, JZ 1961, S.478; Forsthoff, DÖV 1959, S.41; Götz, NJW 1960, S.1177; Hamann, NJW 1959, S.1465; Hufnagl, DVBl 1951, S.277; Kopacek, BB 1959, S.837; Michel, NJW 1960, S. 841; Römitz, NJW 1960, S.226; Schaar, NJW 1960, S.852; Scheuner, BB 1960, S.1253.

5) So Bachof, AöR 87, S.1 (28); Hoffmann, JZ 1961, S.193; Menger, VerwArch 52 (1961), S. 305 (306)

6) BVerfGE 2, S. 124

sätzlich unangewendet zu lassen¹⁾. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zu nachkonstitutionellen verfassungswidrigen Gesetzen, die ex tunc nichtig und damit ebenfalls "der Rechtsordnung nicht angehören" ist hieraus nicht ersichtlich. Ohne die Problematik aufzurollen, ob nicht überhaupt jegliches Prüfungsrecht den Gerichten zugewiesen ist, treten hier die bereits gegenüber der Prüfungskompetenz der ordentlichen Gerichte erhobenen Bedenken einer mangelnden verfassungsrechtlichen Schulung²⁾ in verstärktem Maße hervor³⁾.

1) So Hoffmann a.a.O., ebenso Menger a.a.O.

2) Vgl. oben S.24

3) Vgl. das ein Prüfungsrecht der Verwaltung ablehnende Urteil des Bundesfinanzhofs v. 12. Dezember 1958, BStBl 1959 III, S.140 (141); dagegen aber Urteil des BVerfG v. 21. Februar 1961, BVerfGE 12, S.180 (186)

2. Abschnitt: Die Abgrenzung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht

=====

A. Die Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers als Abgrenzungskriterium des Bundesverfassungsgerichts

Die modernen Errungenschaften der Technik, der unaufhaltsame Prozeß der Automatisierung, wie überhaupt die allgemeine Akzeleration des menschlichen Lebens infolge dauernd sich verändernder äußerer Umstände ist nicht ohne Einfluß auf die Bewältigung der rechtlichen Seite der neuen Probleme geblieben. In immer geringerem zeitlichen Abstand drängen sich dem Gesetzgeber neue Lebenstatbestände auf, die eine Regelung mit Dringlichkeit erheischen, obgleich sie in absehbarer Zeit überholt sind und mit gleicher Dringlichkeit eine Reform erforderlich machen. Die gesetzgebenden Organe sehen sich so vor der Alternative, entweder heillos ins Hintertreffen zu geraten oder Stückwerk zu leisten. Sicherlich erfordert nicht jede Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten ein neues grundsätzliches Durchdenken des betreffenden Rechtskomplexes¹⁾, doch steht die Überlastung des Gesetzgebers auch dort hemmend im Wege, wo eine durchgreifend neue Normierung angezeigt wäre²⁾. Es ist nicht zuletzt die große Zahl der aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes überkommenen Gesetze, die, um die dringendsten Lücken auszufüllen, immer wieder angepaßt und verändert wird, obschon ihre Verfassungskonformität keineswegs über jeden Zweifel erhaben scheint. Es ist hier nicht der Ort, die gesetzgebungstechnische Seite dieser Problematik aufzurollen³⁾; an dieser Stelle soll nur die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Altnormen und den Emanationen des gegenwärtigen Gesetzgebers behandelt werden. Die Trennung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht ist in Anbetracht dieser Teiländerungen nicht mehr durch einen Blick auf das Verkündigungsdatum im Gesetzblatt zu vollziehen. Die Fest-

1) Man denke etwa an die unzähligen Veränderungen im Steuerrecht.

2) So wartet etwa der Auftrag des Art.6 Abs.5 GG immer noch auf seine Erfüllung.

3) Vgl. dazu unten Ziff. B II 4.

stellung der Prüfungskompetenz erfordert die Beiziehung der Änderungsgesetze und die Trennlinie nach dem neuen, vom Bundesverfassungsgericht¹⁾ aufgestellten Gesichtspunkt verläuft inmitten der einzelnen Gesetze. Immerhin wäre dann noch eine zuverlässige Einordnung möglich, wenn einfach die geänderten Normen als nachkonstitutionell, die unverändert gebliebenen Einzelbestimmungen als vorkonstitutionell qualifiziert werden könnten. Abgesehen davon, daß oftmals wiederum nur Teile einer einzelnen Vorschrift neu gefaßt werden, verbietet sich eine Differenzierung nach diesem Modus aus Gründen des logisch-systematischen Zusammenhangs der Einzelbestimmungen eines Gesetzes und der sachlichen Verquickung veränderter und unveränderter Normen. Auf der Suche nach einer brauchbaren Methode der Abgrenzung kreierte das Bundesverfassungsgericht das Merkmal der "Aufnahme vorkonstitutioneller Gesetze in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers" und unterwarf damit in rückläufiger Tendenz zu BVerfGE 2, S.124 einen gewissen Teil des vorkonstitutionellen Rechts seiner eigenen Kognition. Ob dieses Kriterium rechtsdogmatisch haltbar ist und damit den modernen Arbeitsbedingungen der Gesetzgebungsorgane Rechnung getragen wird, soll im folgenden untersucht werden.

I. Die Rechtsprechung bis zum Beschluß vom 17. Mai 1960

1. Materialienforschung

a) In einem Verfahren nach Art.100 Abs.1 GG wurde das Bundesverfassungsgericht um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 26 EStG²⁾ angegangen. Nun hatte sich am Inhalt dieser Vorschrift seit dem Einkommensteuergesetz vom 16. Oktober 1934³⁾ im wesentlichen nichts geändert und ihr Wortlaut bestand seit der Bekanntmachung der neuen Fassung des Einkommensteuergesetzes vom 27. Februar 1939⁴⁾, so daß sich § 26 EStG nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als vorkonstitutionelles Recht

1) BVerfGE 2, S.124

2) Zusammenveranlagung der Ehegatten

3) RGBl I, S.1005

4) RGBl I, S.297

darstellte, womit die Vorlage als unzulässig zurückzuweisen gewesen wäre¹⁾. Hier erfolgte jedoch der gravierende Einbruch in die Verteilung der Prüfungskompetenzen. Vielleicht stand dabei die rechtspolitische Erwägung der eminenten Bedeutung des § 26 EStG Pate, jedenfalls entschied das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 17. Januar 1957²⁾: "Die unverändert gebliebene Norm eines nach Verkündung des Grundgesetzes im übrigen geänderten Gesetzes kann dann nicht als vorkonstitutionelles Recht im Sinne der Entscheidung vom 24. Februar 1953 (BVerfGE 2, S.124 (128 ff.)) angesehen werden, wenn ein an das Grundgesetz gebundener Gesetzgeber auch jene Bestimmung in seinen Willen aufgenommen hat."³⁾ Hier taucht also zum ersten Male die mittelbare Bestätigung durch den Gesetzgeber auf, mit deren Hilfe das Gericht seine Zuständigkeit zur verfassungsmäßigen Prüfung gewisser vorkonstitutioneller Normen in Anspruch nimmt.

Für die Handhabung des neuen Begriffs wird in den Gründen des erwähnten Beschlusses kein allgemeingültiges Rezept gegeben. Die Aufnahme von Vorschriften in den Willen des Bundesgesetzgebers ließe sich nicht generell bestimmen; sie müsse "jeweils ermittelt werden".⁴⁾ Was den konkreten Fall anbelangt, ergäbe sich die Willensentscheidung "daraus, daß § 26 EStG im Gesetzgebungsverfahren eingehend erörtert und - jedenfalls bei der Beratung des Änderungsgesetzes vom 27. Juni 1951 - eine Änderung ausdrücklich abgelehnt worden ist."⁵⁾ Hierauf folgen genaue Nachweise zu den Gesetzesmaterialien, von der Kritik an der Regelung der Ehegattenbesteuerung in der 1. Beratung des Änderungsgesetzes⁶⁾ über den Vorschlag des Ausschusses für Finanz- und Steuerfragen auf Übernahme des § 43 EStDV als 3. Absatz in § 26 EStG⁷⁾, der in derselben Sitzung auf Antrag der CDU/CSU, FDP, DP abgelehnt wurde⁸⁾, und die neue Debatte

1) Vgl. das schon mehrfach zitierte Urteil vom 24. Februar 1953 - BVerfGE 2, S.124 (128 ff.).

2) BVerfGE 6, S.55

3) A.a.O. Leits.3 (Hervorhebung vom Verf.)

4) A.a.O., S.65

5) Ebenda

6) BT I/1949; 123. Sitzung am 7. März 1951, Protokoll S.4690 (4697 D)

7) BT I/1949 zu Drucks. Nr. 2212 Ziff. 1a; Bericht des Abg. Neuburger in der 142. Sitzung am 22.5.1951, Prot.S.5612 D

8) BT I/1949, Umdruck 179 Ziff.3; 142. Sitzung am 22.5.1951, Prot. S.5632 C ff., S.5636 C.

in der 3. Beratung¹⁾ mit Annahme eines Eventualantrages, durch den § 26 EStG einen teilweise mit § 43 EStDV übereinstimmenden 3. Absatz erhielt²⁾, bis zur Streichung dieses 3. Absatzes nach Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat³⁾, womit § 26 EStG in seiner alten Fassung beibehalten worden ist. Damit habe "der Bundesgesetzgeber § 26 EStG ausdrücklich in seiner Geltung bestätigt"⁴⁾. Es ist also festzuhalten, daß das Bundesverfassungsgericht die Willensaufnahme in dieser Entscheidung ausschließlich den Beratungsvorgängen der Gesetzgebungsorgane und seiner Ausschüsse entnimmt. Es trifft allerdings nicht ganz zu, wenn H.-R. Lange⁵⁾ die alleinige Heranziehung der Vorgänge im Bundes t a g und seiner Ausschüsse behauptet. Wie eben dargelegt wurde, beruft sich das Bundesverfassungsgericht auch auf die Tätigkeit des Bundes r a t s, dessen Anrufung des Vermittlungsausschusses hauptsächlich die Streichung des ins Auge gefaßten Absatzes 3 des § 26 EStG einleitete.

b) Diese neue Rechtsprechung wird fortgeführt im Beschluß vom 5. März 1958⁶⁾, in welchem die Verfassungsmäßigkeit der §§ 8 und 18 Abs.1 Nr.1 des Umsatzsteuergesetzes i.d. Fassung der Bekanntmachung vom 1. September 1951⁷⁾ in Frage stand. Von den beiden Vorschriften war zwar § 18 Abs.1 Nr.1 UStG anläßlich des Änderungsgesetzes 1951 neu gefaßt worden, während § 8 auf das UStG 1934 zurückging und im Jahre 1951 nur die Worte "der Reichsminister der Finanzen" durch "die Bundesregierung" ersetzt worden war. Diese Revision nahm auch nicht der Bundesgesetzgeber, sondern der Bundesminister der Finanzen in Einklang mit § 18 Abs.1 Nr.3 UStG vor. Das Bundesverfassungsgericht folgert, der Gesetzgeber habe "durch die ausdrückliche Aufnahme des § 8 in den durch

1) BT I/1949, 145. Sitzung am 31. Mai 1951, Prot. S.5722 C bis 5733 C

2) A.a.O. Prot. S.5734 B

3) BT I/1949, 155. Sitzung am 21. Juni 1961, Prot. S.6157, 6160 B mit Drucks. Nr. 2365 Ziff.3

4) BVerfG a.a.O., S.66

5) NJW 1962, S.893 (894 oben links)

6) BVerfGE 7, S.282

7) BGBl I, S.791

das Änderungsgesetz neugefassten § 18 Abs. 1 Nr. 1 diese Vorschrift eindeutig in seinen Willen aufgenommen¹⁾. Aus den Beratungen des Bundestags über das Änderungsgesetz ergebe sich nämlich, daß der Bundesgesetzgeber gerade die Ermächtigung des § 8 UStG habe aufrechterhalten wollen und daß der Bundestag gefordert habe, die Bundesregierung solle von ihr Gebrauch machen. Es folgen wiederum Nachweise aus Sitzungsberichten²⁾.

Diese Entscheidung bringt somit gegenüber der ersten für den Begriff der mittelbaren Bestätigung nichts neues; das Bemerkenswerte an ihr ist, worauf H.-R. Lange³⁾ hinweist, die unterschiedliche Beurteilung der Rechtsfolgen der Bestätigung. Auf der gleichen Seite der Entscheidung⁴⁾ heißt es zuerst, § 8 UStG sei "ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenes Gesetz", dann, im übernächsten Satz, die Vorschrift sei "als ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenes Gesetz zu behandeln". Es muß H.-R. Lange zugestanden werden, daß hier zwei von Grund auf verschiedene Dinge miteinander vermengt werden, denn es ist rechtstheoretisch gesehen ein erheblicher Unterschied, ob eine Altnorm durch Aufnahme in den Willen des Bundesgesetzgebers in den Rang von neuem Recht aufrückt, oder ob sie nur für das Verfahren der Normenkontrolle wie nachkonstitutionelles Recht behandelt wird. Praktische Konsequenzen für die Prüfungskompetenz sind jedoch nicht ersichtlich; das Bundesverfassungsgericht macht seine Zuständigkeit allein von der mittelbaren Bestätigung abhängig und es ist erst eine Frage sekundärer Art, ob solche in den Willen des Bundesgesetzgebers aufgenommenen Normen einen Strukturwandel durchgemacht haben und damit endgültig der Kategorie der nachkonstitutionellen Gesetze zuzuschlagen sind⁵⁾. Man wird darum der ungenauen Diktion des Bundesverfassungsgerichts im Beschluß vom 5. März 1958 keine zu hohe Bedeutung zumessen dürfen.

1) BVerfG a.a.O.; S.290

2) BVerfG a.a.O.

3) NJW 1962, S.893 (894 lit. b)

4) S.290

5) Diese Folgerung will das BVerfG doch nicht ziehen, da nach seiner Meinung die Frist für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine gesetzliche Bestimmung nicht vom Zeitpunkt der Erneuerung der Norm durch Bestätigung an neu zu laufen beginnt, vgl. Beschl. v. 5. Juli 1960, BVerfGE 11, S.255 (Leits. u. S.260); dazu die Anm. von Arndt, JZ 1961, S.289 (290) (ablehnend).

c) Im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1958¹⁾ stand die Vereinbarkeit des in § 14 Abs.5 Nr.6 MilchG aufgestellten Erfordernisses einer Mindestumsatzmenge für die Erteilung der Erlaubnis zum Handel mit loser Milch mit Art.12 Abs.1 GG zur Entscheidung²⁾. Das Bundesverfassungsgericht bejahte seine Zuständigkeit zur Prüfung des § 14 Abs.5 Nr.6 MilchG, obwohl diese Bestimmung seit dem 1. Januar 1932 in Kraft gewesen war. Der Nachweis der Bestätigung durch den Bundesgesetzgeber wird auf doppelte Art geführt: Einmal, so wird dargelegt³⁾, habe das Milch- und Fettgesetz⁴⁾ in seinem § 30 Abs. 2 den § 38 MilchG aufgehoben, die übrigen Bestimmungen des Milchgesetzes aber ausdrücklich unberührt gelassen; durch diese Bezugnahme auf das Milchgesetz in einem anderen Gesetz soll also eine Bestätigung der Weitergeltung des Milchgesetzes stattgefunden haben.

Zum andern - und auf diese Erwägungen ist die Entscheidung hauptsächlich gestützt - ergebe sich die Bestätigung aus den Beratungen des Entwurfs des Änderungsgesetzes zum Milch- und Fettgesetz⁵⁾, wo die Tragweite des § 14 Abs. 5 Nr. 6 MilchG abermals zur gesetzgeberischen Entscheidung gestanden habe. Bei der Behandlung des Art. II Abs.2 des Änderungsgesetzes, der die Befreiung des Flaschenmilchhandels von dem Erfordernis des Mindestabsatzes angeordnet habe, seien "wiederholt Anträge, die Tragweite des § 14 Abs.5 Nr.6 MilchG unverändert zu lassen, abgelehnt (worden)." Nach eingehenden Nachweisen aus Sitzungsberichten, wobei Bundestag und Bundesrat berücksichtigt werden, fährt das Bundesverfassungsgericht fort: "Daraus ergibt sich, daß die Gesetzgebungsorgane der Bundesrepublik den § 14 Abs.5 Nr.6 MilchG auf Grund eigener gesetzgeberischer Entscheidung als weitergeltend bestätigen wollten und bestätigt haben"⁶⁾.

1) BVerfG 9, S.39 = NJW 1959, S.187

2) Ergangen auf Vorlagebeschluß des BVerwG v. 29. November 1955, BVerwGE 2, S. 345 (= DVBl 1956, S. 198 (199) = DÖV 1957, S.125 = NJW 1956, S.360)

3) BVerfGE 9, S. 39 (46)

4) Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen u. Fetten, vom 28. Februar 1951 (BGBl I, S.135)

5) Gesetz zur Ergänzung und Änderung des Gesetzes über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten, vom 10. Dezember 1952 (BGBl I, S.807)

6) BVerfGE 9, S. 39 (46 u. 47)

2. Abzeichnung einer Wende?

Die bisherigen Ausführungen haben dargetan, daß das Bundesverfassungsgericht in den ersten drei Entscheidungen, die sich mit der mittelbaren Bestätigung befassen, sich zu deren Feststellung auf die Erforschung der Materialien nachkonstitutioneller Änderungsgesetze zu vorkonstitutionellen Gesetzen beschränkt. Die Beratungsniederschriften der Gesetzgebungsorgane und ihrer Ausschüsse werden daraufhin durchgesehen, ob sie Hinweise auf die Weitergeltung unverändert bleibender Altnormen enthalten. Solche Hinweise bieten dem Bundesverfassungsgericht Äußerungen von einzelnen Abgeordneten oder von Ausschüssen der Volks- und Ländervertretung, die als Wille des Gesetzgebers deklariert werden. Das Gericht bedient sich also zur Prüfung der Bestätigung des Mittels der Gesetzesinterpretation, wobei auffällig ist, daß die ersten Beschlüsse ganz und gar der Methode der subjektiv-historischen Theorie verhaftet sind.

In diesem Zusammenhang kommt dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Oktober 1959¹⁾ besondere Bedeutung zu. Nicht nur, daß in diesem Verfahren, bei dem über die Verfassungsmäßigkeit der §§ 1707, 1708 BGB und des § 35 JWG zu befinden gewesen wäre, die Aufnahme in den Willen des Bundesgesetzgebers erstmals abgelehnt wird, sondern auch und vor allem bezüglich der Methodik ist diese Entscheidung als Vorläufer eines Umbruchs außerordentlich interessant. Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob die lange vor Inkrafttreten des Grundgesetzes verkündeten §§ 1707, 1708 BGB, 35 JWG durch das Gleichberechtigungsgesetz²⁾ in den Willen des Bundesgesetzgebers aufgenommen worden sind und führt aus, "Text und Entstehungsgeschichte des Gleichberechtigungsgesetzes" ergäben, daß § 35 JWG und

1) BVerfGE 10, S.129

2) Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18. Juni 1957, BGBI I, S.609

§ 1707 BGB ¹⁾ durch dieses Gesetz keine Aufnahme in den Willen des Bundesgesetzgebers gefunden hätten.¹⁺⁾ Neben den Materialien beruft sich das Gericht auf den Text des Änderungsgesetzes und stellt so - wenigstens formell - seine Begründung zugleich auf den Boden der objektiven Auslegungstheorie. Bei näherem Zusehen wird dessen ungeachtet dem objektiven Moment keine entscheidende Bedeutung in der Argumentation eingeräumt. Es wird im nächsten Satz nur insoweit aufgegriffen, als schon aus der amtlichen Bezeichnung "Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts" deutlich werde, daß das "bestehende Recht dem Auftrag des Art.117 GG entsprechend unter verfassungsrechtlichen Aspekten nur im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau - Art.3 Abs.2 GG - " habe geändert werden sollen.²⁾ Im Anschluß hieran folgen sogleich die Hinweise auf die Begründung zum Regierungsentwurf II des Gleichberechtigungsgesetzes³⁾, wonach die Reform des Unehelichenrechts einem späteren Gesetz vorbehalten worden sei und auf den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht⁴⁾, der trotz rechtlicher und soziologischer Bedenken gegen das geltende Unehelichenrecht ebenfalls dessen "Ausklammerung" aus dem seinerzeitigen Änderungsgesetz befürwortete. Die wesentlichen Gesichtspunkte sind demnach auch im Beschluß vom 6. Oktober 1959 den Vorarbeiten zum Gleichberechtigungsgesetz entnommen, die das Bundesverfassungsgericht im Anschluß auf diese Verweise noch selbständig präzisiert.⁵⁾ Eine grundlegende Änderung der Rechtsprechung war somit noch nicht eingetreten.

- 1) Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 1708 BGB war nicht erforderlich, da, so legte das BVerfG a.a.O. S.134 dar, das vorliegende Gericht nach seiner Rechtsauffassung die Klage des unehelichen Kindes bereits wegen mangelnder Legitimation des gesetzlichen Vertreters (Amtsvormund) durch Prozeßurteil abweisen werde.

1+) A.a.O., S.132

2) A.a.O.

3) BT II/1953, Drucks. 224, S.65

4) BT II/1953, zu Drucks. 3409, S.42

5) A.a.O., S.133

II. Der Beschluß vom 17. Mai 1960¹⁾

Das Landgericht Waldshut und das Oberlandesgericht Hamm erachteten § 401 RAO insofern für grundgesetzwidrig, als er die Einziehung der pflichtigen Erzeugnisse und Waren, hilfsweise Verurteilung zum Ersatz ihres Wertes zwingend und ohne Rücksicht auf Schuldangemessenheit vorschrieb, und verfuhr nach Art.100 Abs.1 GG.²⁾ Das Bundesverfassungsgericht weist zwar im Beschluß vom 17. Mai 1960 die Vorlagen als unzulässig zurück, nimmt aber in dieser Entscheidung grundsätzlich Stellung zum Begriff der mittelbaren Bestätigung und der Kritik, die seine Handhabung in der Literatur gefunden hatte.

1. Die Zäsur

Nachdem die Zuständigkeitsverteilung unter den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts eine Verschiebung erfahren hatte³⁾, und die Verfahren der Normenkontrolle in stärkerem Maße als bisher dem 2. Senat zugesprochen wurden, nimmt der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts eine grundsätzliche Revision der hier zu untersuchenden Rechtsprechung vor. Die Abkehr von der bis dahin geübten Methode zur Feststellung der Bestätigung ist unverkennbar, obgleich der Senat dies nicht eingesteht. Er tritt vielmehr eingangs der Entscheidungsgründe⁴⁾ der Kritik zum Beschluß vom 17. Januar 1957⁵⁾ entgegen, die dagegen polemisiert hatte, daß das Bundesverfassungsgericht dem Willen der an der Gesetzgebung beteiligten Organe auch dann Bedeutung beimesse, wenn dieser Wille im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gebracht worden sei.⁶⁾ Eine solche Auffassung sei dort nicht vertreten

1) BVerfGE 11, S.126 = DÖV 1960, S.625 = NJW 1960, S.1563

2) Vorlagebeschlüsse des LG Waldshut vom 6. April 1959, NJW 1959, S.1248 und des OLG Hamm v. 17. November 1959, NJW 1960, S.264

3) Änderungsgesetz v. 21. Juli 1956 (BGBl I, S.662), sowie 2. Änderungsgesetz v. 26. Juni 1959 (BGBl I, S.297) i.V.m. dem Beschluß des BVerfG v. 13. Oktober 1959 gem. § 14 Abs.4 BVerfGG (BGBl I, S.673)

4) BVerfGE 11, S.126 (129)

5) BVerfGE 6, S.55

6) Das BVerfG verweist auf Vangerow, StuW 1957, Sp.259 (262); Klein, DÖV 1957, S.567; Sievers, DRiZ 1957, S.78; Hild, Krüger, Krüger-Breetzke-Nowack, S.106 ff., Oswald, DVB1 1958, S.563; Forsthoff, Festschrift f. Carl Schmitt, S.35 (57); Herholz, DÖV 1959, S.371.

worden, wird nun behauptet, und es erstaunt, wie das Bundesverfassungsgericht über den an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig lassenden Satz im Beschluß vom 17. Januar 1957 hinweggeht: "Die Willensentscheidung ergibt sich daraus, daß § 26 EStG im Gesetzgebungsverfahren eingehend erörtert... und eine Änderung ausdrücklich abgelehnt worden ist."¹⁾

Jedenfalls beruft sich der Senat nunmehr auf die auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannten²⁾ Grundsätze über Ziel und Methoden der Auslegung von Gesetzen, stellt der subjektiven Theorie die objektive Auslegungsmethode entgegen, die in Wissenschaft und Rechtsprechung immer stärkere Anerkennung gefunden habe, und nach welcher Gegenstand der Auslegung das Gesetz selbst, der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers sei³⁾. Zur Erfassung dieses objektiven Willens seien alle bekannten Auslegungsmethoden erlaubt. Grammatische, systematische, teleologische und historische Kriterien schlossen sich nicht ans, sondern ergänzten sich gegenseitig. Freilich seien die "Vorarbeiten eines Gesetzes für dessen Auslegung immer nur mit einer gewissen Zurückhaltung, in der Regel bloß unterstützend, zu verwerten."⁴⁾ Das Bundesverfassungsgericht anerkennt dann ausdrücklich die Richtlinie des Bundesgerichtshofes⁵⁾, wonach der Wille des Gesetzgebers nur insoweit berücksichtigt werden darf, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat. Die Materialien werden demnach bei der Gesetzesinterpretation auf eine für die nach "objektiven" Momenten gefundenen Ergebnisse bestätigende oder Zweifel behebende Funktion verwiesen. Daß in den vorausgegangenen Erkenntnissen - mit geringen Vorbehalten auch in der Entscheidung vom 6. Oktober 1959⁶⁾ - gerade auf

1) BVerfGE 6, S.55 (65)

2) Urt. v. 21. Mai 1952, BVerfGE 1, S.299 (312); Beschl. v. 15. Dezember 1959, BVerfGE 10, S.234 (244)

3) BVerfGE 11, S.126 (130) unter Hinweis auf Radbruch, Rechtsphilosophie, S.210 f.

4) BVerfG a.a.O., S.130 im Anschl. an das Urt. d. RG v. 26. März 1930, RGZ 128, S.102 (111); ferner Urt. des RG v. 25. März 1891, RGZ 27, S.409 (411) u. die Entsch. d. BayVerfGH v. 4. April 1950, VGHE NF Bd.3, Teil II, S.15 (Leits. 1 u. S.24), worauf Bezug genommen wird.

5) LM Nr.3 zu § 133 BGB

6) BVerfGE 10, S.129 (132 f.) - vgl. oben S.52 f.

die entgegengesetzte Art und Weise verfahren wurde, sollte nicht bestritten werden. Die Angreifbarkeit dieser Methode ist sicher auch dem Bundesverfassungsgericht nicht entgangen und so wird nunmehr ganz von der Warte der objektiven Theorie aus postuliert: "Eine vorkonstitutionelle Norm ist in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers nur dann aufgenommen, wenn sich ein Bestätigungswille aus dem Inhalt des Gesetzes selbst oder - bei Gesetzesänderungen - auch aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen unveränderten und geänderten Normen objektiv erschließen läßt. Die Motive und Vorstellungen der Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften sind dabei nicht entscheidend, soweit sie nicht im Gesetz ihren Ausdruck gefunden haben."¹⁾

Der Senat gibt auch sogleich konkrete Hinweise für die praktische Verwertung der neuen Maxime: So sei es keine Bestätigung, wenn der Gesetzgeber die alte Norm nur hinnimmt und ihre Änderung oder Aufhebung vorerst unterläßt; ebenso wenig könne aus der Änderung einzelner Bestimmungen ohne weiteres - insbesondere bei umfangreichen Gesetzen wäre dies eine "irreale Unterstellung" - die Prüfung und Bestätigung der übrigen entnommen werden.²⁾ Der Gesetzgeber müsse vielmehr seinen "konkreten Bestätigungswillen im Gesetz zu erkennen geben". Als Beispiele werden genannt die Neuverkündung alter Normen, der Verweis nachkonstitutioneller auf vorkonstitutionelle Gesetze und die durchgreifende Änderung eines begrenzten und überschaubaren Rechtsgebietes, sofern der enge sachliche Zusammenhang der geänderten mit der alten Vorschrift darauf schließen läßt, daß der Gesetzgeber "die alte Vorschrift nicht ungeprüft übernommen haben kann."³⁾

Dieses modifizierte und objektivierte Verfahren zur Feststellung der mittelbaren Bestätigung wird nun auf § 40 I RAO angewandt und das Bundesverfassungsgericht kommt zu dem Schluß, daß eine Bestätigung nicht stattgefunden habe. Im folgenden soll die Begründung dieser Entscheidung näher beleuchtet werden.

1) BVerfGE 11, S.126 (131)

2) A.a.O.

3) A.a.O., S.132

2. Prüfung des konkreten Ergebnisses

Die damalige Fassung des § 401 RAO¹⁾ ging hauptsächlich zurück auf den zweiten Teil § 3 Nr.2 der Anpassungsverordnung vom 23. Dezember 1931²⁾ und Kap.II Art.2 Nr.2 der Verordnung vom 18. März 1933³⁾.

§ 401 RAO selbst erfuhr nach Inkrafttreten des Grundgesetzes keine Änderung. Das Steuerstrafrecht insgesamt erfuhr zwei Änderungen:

Das Änderungsgesetz 1951⁴⁾ hatte ausschließlich die Selbstanzeige zum Gegenstand; es schränkte die durch Gesetz vom 20. April 1949⁵⁾ erweiterte Möglichkeit zur Erlangung von Straffreiheit durch Selbstanzeige wieder ein. Hierin ist ein enger sachlicher Zusammenhang mit dem Einziehungsbefehl des § 401 RAO nicht zu sehen; die Änderung bezog sich offensichtlich auf eine Spezialfrage und das Bundesverfassungsgericht verneinte im Einklang mit den von ihm aufgestellten Prämissen eine bestätigende Willensaufnahme des § 401 RAO durch das Änderungsgesetz 1951⁶⁾

Das Änderungsgesetz 1956⁷⁾ änderte von insgesamt 27 Paragraphen⁸⁾ des Steuerstrafrechts sechs oder führte sie neu ein. Es handelte sich darum, einige angedrohte Gefängnis- und Geldstrafen zu mildern und einige Straftatbestände genauer zu fassen, wobei insbesondere die überhöhten Strafdrohungen für Steuerhinterziehung und Rückfalltaten⁹⁾ beseitigt wurden.

1) Inzwischen ist § 401 RAO durch Art.17 Ziff.16 des SteuerÄndG v. 13. Juli 1961 (BGBl I, S.981) gestrichen worden; nach Art.17 Ziff.17 SteuerÄndG 1961 richten sich Einziehung und Wertersatz im Steuerstrafrecht nach dem (neugefassten) § 414 RAO und dem (neueingefügten) § 414a RAO. § 414 RAO schreibt die Einziehung nicht mehr zwingend vor, sondern überläßt sie (in Abs.1) dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters; daneben ist die Maßnahme auf bestimmte Fälle begrenzt (Abs.2) und bei Fehlen einer Äquivalenz zur Tat (in Abs.3) sogar ausgeschlossen.

2) RGBl I, S.779

3) RGBl I, S.109

4) Gesetz zur Änderung des § 410 RAO v. 7. Dezember 1951 (BGBl I, S.941)

5) WiGBI, S.69

6) BVerfGE 11, S.126 (132. unter Ziff.2)

7) Gesetz zur Änderung von Vorschriften des 3. Teils der RAO v. 11. Mai 1956 (BGBl I, S.418)

8) §§ 391 - 419 RAO

9) Im einzelnen wurden geändert: §§ 396 Abs.1, 402 Abs.1 u. 2, 404 Abs.1 u. 413; eingefügt wurden die §§ 406 u. 476a.

Das Bundesverfassungsgericht lehnt einen engen Sachzusammenhang zwischen dieser Milderung und der zwingenden Einziehungsvorschrift des § 401 RAO ab, indem es folgert, die allgemeine Milderungstendenz des Änderungsgesetzes 1956 spreche gerade gegen die Bestätigung der Nebenstrafe des § 401.¹⁾ Es wäre nämlich "nicht recht verständlich", so legt das Bundesverfassungsgericht dar, "daß der Gesetzgeber einerseits die Strafen mildern wollte, andererseits aber die starre Nebenstrafe des § 401 AO in seinen Willen aufgenommen und bestätigt haben sollte."²⁾ Wahrscheinlicher sei es, daß der Gesetzgeber "an die möglichen harten Straffolgen des § 401 AO gar nicht gedacht" habe.³⁾

Diese Schlußfolgerung erscheint keineswegs zwingend. Interpretiert man die Milderungstendenz des Gesetzgebers rein objektiv, so kann daraus ebensogut geschlossen werden, daß der Gesetzgeber eben gerade die Strenge des § 401 aufrechterhalten wissen wollte. Für diese Auslegung spricht sogar mehr als für diejenige des Bundesverfassungsgerichts, denn wenn die Milderungstendenz eine allgemeine war, wovon man wird ausgehen können, so wäre es im Gegenteil nicht recht verständlich, wenn anläßlich des Änderungsgesetzes 1956 nicht auch § 401 geprüft worden wäre. Die Tatsache seiner Nichtveränderung spricht dann als Ausnahme von einer neuen gesetzgeberischen Konzeption für eine Bestätigung der Altnorm.

Im ganzen gesehen sind die der Prüfung nach objektiver Methode gewidmeten Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts regelrecht auf die nachfolgenden⁴⁾ entstehungsgeschichtlichen Argumente ausgerichtet und werden nur von dorthier verständlich. Nicht nur die etwas gewollt wirkende Interpretation der Milderungstendenz, sondern auch die Überlegung, der Gesetzgeber habe "wahrscheinlich" die möglichen harten Straffolgen des § 401 nicht bedacht,⁵⁾ zielen auf

1) BVerfGE 11, S.126 (133)

2) A.a.O.

3) Die Bestätigung des § 401 RAO lehnt ebenfalls ab Rümelin, ZfZ 1959, S.329 (330); a.A. Maier in NJW 1959, S.182 (183) und Schürmann, BB 1960, S.493 (496)

4) BVerfGE 11, S.126 (133 ff.)

5) A.a.O., S.133

die Begründung der Bundesregierung¹⁾ und die Entschlie-ßung des Bundestages²⁾, wonach im Änderungsgesetz 1956 nur besonders dringende Fragen des Steuerstrafrechts neu normiert werden sollten. Das Bundesverfassungsgericht hätte die Angleichung des § 401 also wohl als dringend empfunden und kann deshalb seine Nichtberücksichtigung nur mit einem Versehen der Gesetzgebungsorgane erklären. Allein aus dem Gesetzestext läßt sich eine solche Wahrscheinlichkeit aber nicht ableiten.

Wenig Überzeugungskraft kommt auch dem Hinweis zu, mit welchem das Bundesverfassungsgericht etwaige Bedenken gegen seine Auslegung aus der Bezugnahme des § 401 auf den - geänderten - § 396 RAO ausräumt: Eine Bestätigung des § 401 scheitere daran, daß diese Bezugnahme bereits v o r Inkrafttreten des Grundgesetzes bestanden habe. Immerhin sollte man annehmen, daß mit der Änderung des § 396 doch auch seine Bezugnahme in § 401 bestätigt wurde und der ausdrückliche Verweis einer Norm auf eine andere innerhalb desselben Gesetzes einen sehr engen sachlichen Zusammenhang herstellt. Gerade den Fall der Verweisung einer neuen Norm auf eine alte hat das Bundesverfassungsgericht kurz zuvor³⁾ selbst als beispielhaft für die Niederlegung des konkreten Bestätigungswillens im Gesetz bezeichnet. Folgt man der Einschränkung, daß derartige Bezugnahmen vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber herrühren müssen, so wird die Trennung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht bis in die Einzelbestimmung hineingetragen. Die Zäsur verläuft inmitten derselben und konsequent zu Ende gedacht wird dadurch der Sachzusammenhang innerhalb der Einzelnorm, zwischen den Sätzen oder gar zwischen Haupt- und Nebensatz in Frage gestellt.

Hinter dem Argument des Bundesverfassungsgerichts, die Bezugnahme habe schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bestanden, versteckt sich nach der Prämisse des Bundesverfassungsgerichts⁴⁾ folgender Gedankengang: Zwar hat sich

1) BT-Drucks. 1953 v. 11. Juli 1955, S.4

2) BT-Protokoll, Bd.28, S.7046 C v. 21. März 1956

3) A.a.O., S.132

4) A.a.O., S.132 und oben S.56

der Bundesgesetzgeber anlässlich des Änderungsgesetzes 1959 mit § 396 befaßt, jedoch nur insoweit, als er tatsächlich geändert wurde; das Strafmaß und die Beziehung zu § 401 stehen nicht in so engem sachlichen Zusammenhang, daß offensichtlich ist, dass der nachkonstitutionelle Gesetzgeber die andere Vorschrift nicht ungeprüft übernommen haben kann. Auf welche Art und Weise ein Sachzusammenhang, der durch eine ausdrückliche Bezugnahme evident scheint, als nicht ausreichend betrachtet werden kann, wird vom Bundesverfassungsgericht letztlich nicht geklärt. Unter Außerachtlassung der Materialien dürfte dies schwierig, wenn nicht unmöglich sein.¹⁾

Obschon somit die Begründung des Beschlusses, soweit sie damit befaßt ist, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu eruieren, völlig von der Kenntnis der Gesetzesmaterialien inspiriert scheint, läßt sich auch die Deutung der Entstehungsgeschichte des Änderungsgesetzes 1956 durch das Bundesverfassungsgericht in Zweifel ziehen. In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs vom 11. Mai 1956 heißt es, es müßten "alle zur Zeit nicht unbedingt dringlichen steuerstrafrechtlichen Änderungen zurückgestellt werden", denn es sei "nicht tragbar, jetzt eine größere Steuerstrafrechtsreform einzubringen und nach der allgemeinen Grossen Strafrechtsreform erneut eine Steuerstrafrechtsreform durchzuführen".²⁾ In diesem Sinne äußerte auch der Berichterstatter des Finanzausschusses, Lindrath, daß es sich bei dem Änderungsgesetz nur um "Stückwerk" handle und nur die "dringlichsten Dinge geändert werden" sollten.³⁾ Ferner heißt es in einer einstimmigen Entschließung des Bundestages vom 21. März 1956⁴⁾, eine allgemeine Reform sei notwendig, das Steuerstrafrecht müsse auf seine Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Prinzipien überprüft werden, im Änderungsgesetz 1956 sollten jedoch nur einige besonders dringende Fragen geregelt werden. Ebenso

1) Hierzu auch H.-R. Lange, NJW 1962, S.893 (895)

2) BT-Drucks. 2. Wahlp. 1953, Nr.1593 v. 11. Juli 1955, S.4

3) 136. Sitzung v. 21. März 1956, BT-Prot. S.7040

4) BT-Prot., Bd.28, S.7046 G

hielt der Bundesrat "eine allgemeine Reform des Steuerstrafrechts für erforderlich", sah aber kein dringendes Bedürfnis dafür, diese vor der allgemeinen Strafrechtsreform vorzunehmen.¹⁾

In ähnlicher Weise äußert sich auch, worauf das Bundesverfassungsgericht nicht hinweist, in der amtlichen Begründung des Entwurfs die Bundesregierung; sie macht neben dem oben Wiedergegebenen noch eine bedeutsame Ausführung: Einige Änderungen seien "jedoch sehr vordringlich", weil einige Vorschriften "in Anpassung an die gewandelten staatsrechtlichen Verhältnisse" zu ändern seien.²⁾ In dieser Feststellung, einige Bestimmungen seien dringend Änderungsbedürftig, liegt aber, wie Schürmann³⁾ und Maier⁴⁾ mit Recht darlegen, zugleich eine Wertung der übrigen Vorschriften, nämlich die Feststellung der Nichtdringlichkeit deren Änderung. Eine derartige Feststellung setzt jedoch voraus, daß auch diese Vorschriften auf ihre Änderungsbedürftigkeit überprüft wurden.⁵⁾ § 401 RAO erschien also wohl mit den "gewandelten staatsrechtlichen Verhältnissen" in Einklang, ansonsten wäre seine Änderung auch als "vordringlich" angesehen worden. Dem Bundesverfassungsgericht kann deshalb nicht zugestimmt werden, wenn es aus den Erklärungen der Gesetzgebungsorgane den Schluß zieht, die unverändert gelassenen Bestimmungen des Steuerstrafrechts und mithin auch § 401 RAO seien "weder erörtert noch g e p r ü f t"⁶⁾ oder zum Gegenstand von Beschlüssen gemacht worden.⁷⁾

Die Gründe für das Scheitern und die Eifenproblematik der subjektiven und objektiven Methode zur Feststellung der mittelbaren Bestätigung werden unter B) im einzelnen aufzuzeigen sein. Zuvor sollte lediglich die Fragwürdigkeit der Ergebnisse einmal anhand eines konkreten Falles dargelegt werden.

1) BR-Drucks. 110/56 v. 20. April 1956 und 157. Sitzung am 20. April 1956, BR-Prot. S.132 B mit BT-Drucks. 2. wahlp. 1953 Nr.2332

2) A.a.O. - vgl. Note 2 auf S.60 oben.

3) BB 1960, S.493 (496)

4) NJW 1959, S.182 (183)

5) Schürmann a.a.O.

6) Vom Verf. hervorgehoben.

7) BVerfGE 11, S.126 (136)

B. Kritische Betrachtung

I. Abgrenzung des Problems

Bei der Frage nach den Voraussetzungen einer bestätigenden Aufnahme einer vorkonstitutionellen Norm in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers muß man sich die Grundtatsache vor Augen halten, daß dieses Problem nur bei solchen Einzelnormen eines überkommenen Gesetzes auftritt, die von einem nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenen Änderungsgesetz unberührt geblieben sind. Gerade die soeben erörterte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Mai 1960 läßt diese klare Unterscheidung vermissen; denn dort ist ausgeführt, ein konkreter Bestätigungswille des Gesetzgebers sei beispielsweise dann im Gesetz erkennbar, "wenn die alte Norm als Gesetz neu verkündet wird".¹⁾ Die Neuverkündung einer Altnorm liegt jedoch außerhalb des Problems der mittelbaren Bestätigung. Hierauf wird in der Literatur übereinstimmend hingewiesen²⁾, und selbst das Bundesverfassungsgericht ist früher mehrfach davon ausgegangen; so im Beschluß vom 23. Oktober 1958³⁾, wo die Frage zu entscheiden war, ob die Zivilprozeßordnung vorkonstitutionelles Recht ist. Dies wurde zu Recht mit der Begründung verneint, daß der Bundesgesetzgeber die Zivilprozeßordnung im Rahmen des Wiederherstellungsgesetzes⁴⁾ ihrem ganzen Inhalt nach neu beschlossen hat. In jenem Gesetz heißt es nämlich unter Art. 9⁵⁾: "Das GVG, die ZPO und die StPO gelten vom Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes ab in der aus den Anlagen 1 bis 3 ersichtlichen Fassung." Es liegt also ein formeller Gesetzgebungsakt der nachkonstitutionellen Legislativorgane vor, und das

1) BVerfGE 11, S.126 (132)

2) Sievers, DRiZ 1957, S.78 (79); Klein, DÖV 1957, S.567 (570); Ratuschny, BayVB1 1959, S.238 (240); Thomas, DVBl 1959, S.203 (204); Herholz, DÖV 1960, S.772

3) BVerfGE 8, S.210 (213) = NJW 1958, S.2059

4) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950, BGBl I, S.455

5) Art.9 WiederherstG hat folgende Überschrift: "Bekanntmachung des Wortlautes des GVG, der ZPO u. der StPO."

Bundesverfassungsgericht hat damals ausgeführt, daß deshalb die Frage nach der Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers nicht auftauchen könne¹⁾. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts kam bei der Prüfung des § 157 Abs.3 Satz 2 ZPO im Beschluß vom 17. November 1959²⁾ auf diesen Ausgangspunkt zurück und legte dar, daß die Anlagen zu diesem Wiederherstellungsgesetz einschließlich der dort neu verkündeten Fassung der Zivilprozeßordnung nicht nur der deklaratorischen Klarstellung des Gesetzestextes dienen, sondern daß sie auch ihrem Inhalt nach von der Entscheidung des Gesetzgebers umfaßt werden³⁾. Weshalb der 2. Senat im Beschluß vom 17. Mai 1960⁴⁾ nicht hieran anknüpft, ist unersichtlich. Sicherlich tritt der Bestätigungswille nie stärker hervor, als wenn eine vorkonstitutionelle Norm im gleichen Wortlaut neu beschlossen und verkündet wird. Dann handelt es sich aber um einen völlig neuen Rechtssetzungsakt, für den allemal der nachkonstitutionelle Gesetzgeber verantwortlich zeichnet und für welchen die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts außer Zweifel steht. Inzwischen hat der 2. Senat diese Abgrenzung im Verfahren um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 21 StVG ebenfalls anerkannt⁵⁾.

Das Problem der mittelbaren Bestätigung tritt folglich nur bei solchen Einzelbestimmungen eines im übrigen teilweise geänderten Gesetzes auf, welche durch das - nachkonstitutionelle - Änderungsgesetz keine Änderung erfahren haben und auch nicht neu verkündet worden sind. Die Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers kann deshalb im Änderungsgesetz nur mittelbar, d.h. "in den auf dem Änderungsgesetz beruhenden (neuen) Normen zum Ausdruck kommen"⁶⁾.

Von der Neuverkündung eines Gesetzes gemäß Art.82 GG ist der Fall zu unterscheiden, daß nach Teiländerung eines alten Gesetzes vor- und nachkonstitutionelle Normen zusammengestellt und in einheitlicher Fassung neu bekanntgemacht

1) BVerfGE 8, S.210 (214)

2) BVerfGE 10, S.185

3) A.a.O. S.191 f.

4) Siehe oben S.62, Note 1

5) Beschl. v. 25. Juli 1962, NJW 1962, S.1563 (1564 rechte Spalte oben)

6) Herholz, DÖV 1960, S.772

werden. Man spricht hier von Neufassungen, und ihre Bekanntmachung obliegt meist der Exekutive. Der Gesetzgeber beschließt und verkündet also hier lediglich das Änderungsgesetz und überläßt es einem Exekutivorgan, die neuen Bestimmungen der Übersichtlichkeit halber in das Gesetz einzufügen und so der Öffentlichkeit bekanntzugeben. Dieses Verfahren wird auf den meisten Rechtsgebieten seit langem angewandt, da es für die praktische Handhabung der Rechtsvorschriften unerlässlich ist, eine Gesamtfassung der Gesetzestexte zur Hand zu haben. Besonders instruktiv ist hier das Beispiel des Einkommensteuergesetzes, welches folgende Bestimmung enthält:

"Der Bundesminister der Finanzen wird ermächtigt, den Wortlaut dieses Gesetzes und der zu diesem Gesetz erlassenen Durchführungsverordnungen in der jeweils geltenden Fassung mit neuem Datum, unter neuer Überschrift und in neuer Paragraphenfolge bekanntzumachen und dabei Unstimmigkeiten des Wortlautes zu beseitigen."¹⁾

Der zuständige Bundesminister hat in diesem und ähnlichen Fällen von den Ermächtigungen immer Gebrauch gemacht, und das Bundesverfassungsgericht sprach im Beschluß vom 25. Juli 1962 aus, solche Neubekanntmachungen seien "kein konstitutiver gesetzgeberischer Akt", sie dienten vielmehr "nur der deklaratorischen Klarstellung des Gesetzestextes."²⁾ In Übereinstimmung mit der Literatur³⁾ wird somit angenommen, daß durch eine derartige Neufassung die nichtgeänderten vorkonstitutionellen Normen nicht bestätigt werden. Klein⁴⁾ definiert solche Neufassungen als "für die Zwecke der praktischen Handhabung geschaffene Gebrauchsfassungen".⁵⁾

- 1) Vgl. § 1 Ziff. 20 Abs. 3 EStÄndG v. 27. Juni 1951 (BGBl I, S. 411), EStG 1952 § 51 Abs. 2 (BGBl I S. 33), EStG 1953, § 51 Abs. 2 (BGBl I S. 1355), EStG 1955 § 52 Abs. 2 (BGBl 1954 I, S. 441), vgl. auch PStG, geändert durch Gesetz v. 18. Mai 1957 (BGBl I, S. 518), in neuer Fassung bekanntgemacht am 8. August 1957 (BGBl I, S. 1126).
- 2) BVerfG, NJW 1962, S. 1563 (1564).
- 3) Röhl, S. 209; Klein, FinArch 1957/58, S. 236 (245 f.); ders. DÖV 1957, S. 567 (570); Sievers DRiZ 1957, S. 78 (79); a.A. Ratuschny, BayVB1 1959, S. 238 (240), der eine Differenzierung zwischen Neuverkündung im formellen Gesetzgebungsverfahren u. der Neubekanntmachung durch die Exekutive, soweit ersichtlich, als einziger ablehnt.
- 4) DÖV 1957, S. 567 (570).
- 5) Ebenso Jung, WM S. 351.

Ob sich die Bedeutung der Neufassungen durch die Exekutive tatsächlich in der Schaffung einer praktischen Gebrauchsfassung erschöpft, oder ob diese darüberhinaus für die Feststellung der mittelbaren Bestätigung Verwendung finden können, wird noch zu untersuchen sein.¹⁾ Festzuhalten ist vorerst die Ausscheidung solcher Gesetze aus der weiteren Untersuchung, die wie die Zivilprozeßordnung vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber in toto neu beschlossen und verkündet worden sind.

II. Die Unbrauchbarkeit der subjektiven Auslegungsmethode

In der folgenden kritischen Analyse sollen nacheinander beide vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Wege zur Feststellung des gesetzgeberischen Bestätigungswillens beleuchtet werden. Obwohl sich das Gericht seit dem Beschluß vom 17. Mai 1960²⁾ von seiner früheren rein subjektiven Methode³⁾ abgewandt hat, ist die Untersuchung der Brauchbarkeit ihrer Ergebnisse nicht nur von theoretischem Interesse. Ihre praktische Bedeutung bleibt insofern erhalten, als das Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung die Entstehungsgeschichte der diversen Änderungsgesetze "unterstützend" heranzieht und mit ihrer Hilfe die nach objektiven Gesichtspunkten erzielten Ergebnisse untermauert.

1. Unzugänglichkeit der Materialien

Vom Ausgangspunkt der gesamten Problematik her, nämlich der vom Bundesverfassungsgericht bezweckten Verminderung seiner Inanspruchnahme, muß als erstes dieses arbeitstechnische Bedenken gegen die Materialienforschung ins Feld geführt werden. Die Beurteilung der Frage, ob eine Rechtsnorm als vor- oder nachkonstitutionell zu qualifizieren ist, obliegt in erster Linie dem Prozeßrichter bei der Prüfung seiner Vorlagepflicht nach Art.100 Abs.1 GG. Sämtlichen unteren Gerichten stehen jedoch die Gesetzesmaterialien

1) Vgl. unten 3. Abschnitt A II 2

2) BVerfGE 11, S.126

3) Vgl. BVerfGE 6, S.55; 9, S.39; 10, S.129; dazu oben 2. Abschnitt A S.48 ff.

nicht zur Verfügung¹⁾ und selbst für die Obergerichte dürften die Protokolle von Ausschüssen und Unterausschüssen, die nur hektographiert werden²⁾, praktisch unzugänglich sein. So würden die Zweifel über die sachliche Vereinbarkeit einer Norm mit der Verfassung noch überlagert von den Zweifeln über die Zulässigkeit der Vorlage³⁾, und es ist immerhin denkbar, daß der Prozeßrichter in solcher Lage eher dazu neigen wird vorzulegen, als auf die Gefahr hin, die Kompetenz des höchsten Gerichts zu beeinträchtigen, selbst zu entscheiden. Selbst wenn seine Vorlage als unzulässig zurückgewiesen wird, eröffnet sich auf diese Art und Weise für den "Amtsrichter auf dem flachen Lande"⁴⁾ die einzige Möglichkeit, eine Qualifikation der Rechtsnorm nach den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kategorien zu erreichen. Abgesehen von der Überforderung der Gerichte könnte somit das Erfordernis der Materialienforschung der ursprünglich bezweckten Entlastung des Verfassungsgerichts zuwiderlaufen.

2. Die Eigenproblematik der Sitzungsberichte

Bei der Verwertung der Sitzungsprotokolle zwecks Erforschung des Bestätigungswillens weist das Bundesverfassungsgericht denjenigen im Ergebnis nicht geänderten Altnormen eine Sonderrolle zu, über deren Beibehaltung anlässlich der Beratungen des Änderungsgesetzes eine Debatte stattgefunden hat. So wurde im Beschluß vom 17. Januar 1957 die Bestätigung aus der Tatsache hergeleitet, daß § 26 EStG im Gesetzgebungsverfahren "eingehend erörtert und ... eine Änderung ausdrücklich abgelehnt worden ist".⁵⁾ Ebenso wurde

1) Hierauf wird in der Literatur immer wieder hingewiesen; vgl. Hild. Krüger in Krüger-Breetzke-Nowack, S.109; Ratuschny, BayVB1 1959, S.238 (239); Rümelin, ZfZ 1959, S.329 (330); Sievers, DRiZ 1957, S.78 (79 unter Ziff. IV); Thomas, DVBl 1959, S.203; Zeidler, Maßnahmegesetz, S.177. Lediglich Bachof macht in seiner Anmerkung zum Beschl. v. 17. Januar 1957 (JZ 1957, S.272, 273) gegen den Modus zur Abgrenzung zwischen vor- und nachkonstitutionellen Gesetzen keinerlei Bedenken geltend, sondern zollt dem BVerfG "volle Zustimmung".

2) Hild. Krüger a.a.O.

3) Zeidler a.a.O.

4) Thomas a.a.O.

5) BVerfGE 6, S.55 (65) u. oben S.47 ff.

im Verfahren um die Verfassungsmäßigkeit des § 8 UStG i. d. Fass. der Bekanntmachung vom 1. September 1951¹⁾ den Beratungen des Bundestages über das Änderungsgesetz deshalb entscheidendes Gewicht beigelegt, weil sich aus ihnen ergebe, daß gerade die Ermächtigung des § 8 UStG habe aufrechterhalten werden sollen.²⁾ Die Reihe dieser Erkenntnisse wird fortgesetzt durch den Beschluß vom 17. Dezember 1958, in welchem gleichfalls der bestätigende Willensakt des Gesetzgebers in der Ablehnung solcher Anträge gesehen wurde, welche die unveränderte Beibehaltung des § 14 Abs. 5 Nr. 6 MilchG zum Gegenstand hatten.³⁾ Auf der anderen Seite wurde im Beschluß vom 17. Mai 1960 die Nichterwähnung des § 401 RAO als änderungsbedürftig dahin gedeutet, daß der Gesetzgeber diese Vorschrift nicht in seinen Willen aufgenommen habe.⁴⁾

Auf die Angreifbarkeit solcher Schlußfolgerungen hat als erster Vangerow⁵⁾ aufmerksam gemacht, indem er darauf hinweist, daß es mehr oder weniger von Zufälligkeiten abhängt, ob die gesetzgebenden Organe bei Beratung eines partiellen Änderungsgesetzes "positiv über eine im Ergebnis nicht geänderte alte Bestimmung gestritten, also irgendwie Worte gewechselt haben"; und mit Recht fährt Vangerow fort, daß "vielleicht gerade dann, wenn sie sich über die Brauchbarkeit einer alten Bestimmung von vornherein klar waren, sie diese doch auch 'bestätigt' (haben)".⁶⁾ In solchen Fällen, wo die Gesetzgebungsorgane die Weitergeltung einer vorkonstitutionellen Norm als selbstverständlich betrachtet haben, muß die subjektiv-historische Methode zu dem Ergebnis führen, daß eine Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers nicht stattgefunden hat, weil die Materialien hinsichtlich nicht debattierter Normen naturgemäß keine Anhaltspunkte bieten.⁷⁾

1) BGBl I, S.791

2) BVerfGE 7, S.282 (290 f.)

3) BVerfGE 9, S.39 (46); vgl. dazu auch oben S.51 f.

4) BVerfGE 11, S.126 (133)

5) Stuw 1957, Sp.259 (261)

6) A.a.O.

7) Im Anschluß an Vangerow ebenso Klein, FinArch 1957/58, S.236 (247); Herholz, DÖV 1959, S.371 (374) und wohl auch H.-R. Lange, NJW 1962, S.893 (894).

Aber auch die Auswertung der Debatten, sofern solche gehalten wurden, ist problematisch. Dies wird offenkundig, sobald man sich vor Augen hält, daß die Materialien umso ergiebiger sind, je umstrittener die bestätigende Beibehaltung gewesen ist.¹⁾ Die Konsequenz der Methode des Bundesverfassungsgerichts zeitigt so eine eigentümliche Verdrehung ihres Zieles ins Gegenteil. Jedenfalls aber ist es denkgesetzlich abwegig, daß in Fällen, wo die Zweifel gegen die Aufrechterhaltung einer Norm geringer gewesen sind oder überhaupt nicht auftauchten, hieraus ein Bestätigungswille geringeren Grades oder gar keiner gefolgert werden soll. Herholz²⁾ macht die Haltlosigkeit solcher Deduktionen an einem Beispiel deutlich, das hierher übernommen werden kann: Es sind Fälle denkbar, daß eine Vorschrift im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens überhaupt nicht erwähnt wurde, weil ihre Unangreifbarkeit aus vorherigen Erörterungen im Schrifttum eindeutig zu entnehmen war. In der debattelosen Beibehaltung kommt dann ein hochqualifizierter Bestätigungswille zum Ausdruck.

Gegen die vom Bundesverfassungsgericht geübte Heranziehung der Entstehungsgeschichte sind noch unter einem anderen Aspekt grundsätzliche Einwände zu erheben. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts läßt eine Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, in welchem Gremium eine vorkonstitutionelle Norm erörtert worden sein muß, damit von einer "Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers" gesprochen werden kann. Ist es erforderlich, daß sich das Plenum des Bundestags mit der Beibehaltung einer überkommenen Bestimmung befaßt hat oder genügt die Erörterung im Ausschuß (im fachlich zuständigen Rechts- und Verfassungsausschuß oder in irgend einem?) oder gar in einem Unterausschuß?³⁾ Während in den Entscheidungen vom 17. Januar 1957, vom 5. März 1958 und vom 17. Mai 1960 wenigstens u.a. auch die Protokolle des Plenums herangezogen werden⁴⁾, ver-

1) Herholz a.a.O.

2) A.a.O.

3) Diese Frage stellen auch Ratuschny, BayVB1 1959, S.238 (239) und Thomas, DVBl 1959, S.203 sowie Lange, NJW 1962, S.893 (894).

4) Vgl. BVerfGE 6, S.55 (65 f.), BVerfGE 7, S.282 (290) und BVerfGE 11, S.126 (135).

weist das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 6. Oktober 1959 nur auf die Begründung zum Regierungsentwurf (!) sowie auf den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht.¹⁾ Das Gericht macht hier keinerlei Einschränkungen und mit Recht gibt Hildegard Krüger zu bedenken, daß Gesetzgeber nach geltendem Recht die Mehrheit des Bundestags und evtl. auch noch des Bundesrates ist, "der von den Zweifeln eines Unterausschußmitgliedes nichts weiß".²⁾ Obgleich nach dem oben Dargelegten aus Sitzungsprotokollen gleich welcher Art kein sicherer Schluß auf die mittelbare Bestätigung möglich ist, soll unter der nächsten Ziffer die spezielle Problematik der Ausschlußberatungen näher beleuchtet werden.

3. Fragwürdigkeit der Auswertung von Ausschußniederschriften

a) Ausschuß- und Gesetzgeberwille

Schon im Jahre 1932 stellte der Parlamentarier und Reichsminister a.D. Erich Koch-Weser fest, wir lebten in einer Zeit der Fachbildung und des Spezialwissens, in der "der Abgeordnete ein Vielwisser sein soll, gegen den der Briefkastenonkel eines Provinzialblattes ein Ignorant ist". Der Abgeordnete solle wissen, was tausend vortragende Räte und 2000 Verbandssyndici wissen.³⁾ Der Vergleich wäre noch zu steigern, wollte man ihn auf den Abgeordneten der neuzeitlichen Industriegesellschaft übertragen. Die geradezu ungeheuerliche Vermehrung der Staatsaufgaben⁴⁾, die sowohl in der Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik begründet ist, als auch namentlich auf wirtschaftlichem Gebiet den Gesetzgeber in die Rolle des "Akteurs" gezwungen hat⁵⁾, konnte nicht ohne Einfluß auf den technischen Ablauf der Gesetzgebungsarbeit bleiben⁶⁾, zumal sich auch der Gesetz-

1) BVerfGE 10, S.129 (132 f.)

2) In Krüger-Breetzke-Nowack, S.109

3) "Und dennoch aufwärts", 1932, S.104, zitiert nach Kleinrahm, AöR 79, S.137 (141)

4) Partsch, VVDStRL Heft 16 (1958), S.74 (76) weist hierzu treffend darauf hin, ein 120 Std.-km-Auto und ein Flugzeug stellten höhere Anforderungen an den Gesetzgeber "als eingemächlich dahin trabender Landauer".

5) So Zeidler, Maßnahmegesetz, S.22

6) Dies ist auch vom BVerfG anerkannt, vgl. Urt. v. 23. Januar 1957, BVerfGE 6, S.84 (94).

geber der allgemeinen Beschleunigung des Lebensrhythmus' nicht verschließen konnte. Um trotz der Schwerfälligkeit des verfassungsrechtlich verankerten Gesetzgebungsverfahrens gegenüber den Objekten der Regelung nicht heillos ins Hintertreffen zu geraten¹⁾, mußte eine weitgehende Arbeitsteilung und Spezialisierung vorgenommen werden. Dies wurde erreicht durch die Bildung von Fachausschüssen, worin allerdings auf die Dauer keine Patentlösung gefunden sein dürfte. Denn während die Regierung für neue Sachgebiete immer zusätzliche Ministerien oder Referate eröffnen kann, sind die Möglichkeiten des Parlaments aufgrund seiner Mitgliederzahl begrenzt²⁾, und das von Kleinrahm beschworene Gespenst von der Entmachtung des Parlaments als Gesetzgeber³⁾ entbehrt nicht einer gewissen Realität. Wenn es aber zutrifft, daß die Mitglieder der Ausschüsse sich weitgehend der Erfahrung, der Formulierungskunst und den Argumenten der Regierungsreferenten ausgesetzt sehen⁴⁾, die in der Regel die Vorlagen der Exekutive⁵⁾ vor den zuständigen Ausschüssen vertreten, dann erfährt die Erforschung des Willens des subjektiven Gesetzgebers eine kaum zu entwirrende Komplikation. In diesem Falle widerspiegelt der Ausschlußbericht nicht mehr als die Auffassung der Regierung, und das Plenum, das naturgemäß noch weniger in der Lage ist, die anstehenden Spezialfragen zu durchdringen⁶⁾, bleibt weit entfernt von einer eigenen "Willensbildung". Der Rückgriff auf die sogenannte

1) Dazu Gehlen, S.57

2) Partsch a.a.O., S.78

3) AöR 79, S.137 (142)

4) Kleinrahm a.a.O.; dazu auch Nawiasky, S.127

5) Und von dort stammt die überwiegende Anzahl der Gesetzesvorlagen; die Einbringung eines Antrags aus der Mitte des Bundestags (Art.76 Abs.1 GG) bildet demgegenüber die Ausnahme. Scheuner, DÖV 1960, S.601 (604) weist auf eine Statistik der 3. Wahlperiode des Bundestags hin, wonach von 395 Gesetzesentwürfen, die an den Bundestag gelangten, 258 von der Bundesregierung, 3 vom Bundesrat und 134 vom Bundestag kamen. Von den 205 verabschiedeten Gesetzen stammten jedoch 179 von der Regierung, nur eines vom Bundesrat und nur 25 vom Bundestag.

6) Vgl. auch Eschenburg, S.132. Eine Sonderstellung nehmen auch bei Kleinrahm die politischen Höhepunkte ein (S.142), doch diese sollen hier als Ausnahmen von der Alltagsarbeit außer Betracht bleiben.

Paktentheorie¹⁾ käme dann einer bedenklichen Verlagerung der Legislativgewalt nahe. Er mag dort angehen, wo das Plenum die Möglichkeit der Wahl zwischen "Approbation und Reprobation"²⁾ erhält, nämlich hinsichtlich des positiven Gehalts eines (Änderungs-)Gesetzes. Diese Theorie kann jedoch auf die Frage der mittelbaren Bestätigung keine Anwendung finden. Die Tätigkeit der Volksvertretung beschränkt sich in der Schlußabstimmung darauf, zu vorgelegten Inhalten ja oder nein zu sagen.³⁾ Sie kann das Änderungsgesetz genehmigen oder verwerfen. Über die Bestätigung einer unverändert gebliebenen Altnorm findet jedoch keine Abstimmung statt, da die bereits vorgefundene Bestimmung im Änderungsgesetz keinen Niederschlag gefunden hat.

Während somit bezüglich des neu gesetzten Rechts auch bei Fehlen eigenen Sachverständes wenigstens der Wille hervortritt, Recht zu schaffen, welchem dann die Begründung der eigentlichen Gesetzesverfasser als akzeptiert unter-schoben werden kann, ermangelt es für die Bestätigung einer vorkonstitutionellen Norm jeglicher positiven Emanation des Gesetzgebers, die für die Interpretation als Anknüpfungspunkt dienen könnte.

Dieses Ergebnis lässt sich nicht im Wege der Heranziehung von Ausschußniederschriften oder eines Ausschußberichts vor dem Plenum umgehen. Auf Anhieb könnte man meinen, die Approbation des Änderungsgesetzes beinhalte implizite eine Zustimmung zu den Vorentscheidungen des Ausschusses, die der Berichterstatter dem Plenum vorträgt, so z.B. wenn im Ausschuß beschlossen worden war, die Angleichung einer Altnorm an die neuen verfassungsrechtlichen Gegebenheiten sei nicht erforderlich. Es hieße die Grenzen zulässiger Auslegung sprengen, wollte man den subjektiven Willen des Gesetzgebers derart ausdehnen. Die Annahme des Änderungsgesetzes ist für den einzelnen Abgeordneten nicht davon abhängig, wie er sich zu der verfassungsrechtlichen Frage der Weitergeltung einer von der Änderungsvorlage

1) Vgl. Engisch, S.95

2) Erich Kaufmann, Volkswillen, S.13

3) Erich Kaufmann a.a.O.

unberührt gebliebenen Norm stellt. Die Verabschiedung eines Änderungsgesetzes berechtigt auf dem Boden der subjektiv-historischen Methode nur zu der Aussage, daß das Gesetz als ganzes jedenfalls insoweit als Änderungsbedürftig angesehen wurde, als dies in der Vorlage angeregt war, jedoch nicht zu dem Schluß, im übrigen habe der Gesetzgeber keine verfassungsrechtlichen Zweifel an dem Fortbestand des Gesetzes gehabt.¹⁾

Mangels eigener Beschlußfassung des Parlaments über die Beibehaltung einer vorkonstitutionellen Bestimmung darf auch nicht einem etwaigen Ausschußbeschuß, der auf die Bestätigung zielte, die Bedeutung des Gesetzgeberwillens beigemessen werden. Trotz der früher behandelten notgedrungenen Erfassung sämtlicher Lebensgebiete durch Spezialisten, darf der freiheitliche Rechtsstaat die normative Ordnung des Gemeinschaftslebens nicht auf eine Gruppe von Fachleuten delegieren, wenn nicht der parlamentarische Gesetzgeber sich tatsächlich als "überholtes Rudiment verfassungsrechtlichen Biedermeiertums" ausnehmen soll²⁾, dem in seiner Gesamtheit keine materiale Funktion in der staatsrechtlichen Wirklichkeit mehr zukommt. Begrenzt man die Tätigkeit der Ausschüsse auf den ihnen ursprünglich zugeordneten Aufgabenbereich, so besagt eine Abstimmung im Ausschuß "nur, daß die Mehrheit ihren Vorschlag dem Plenum unterbreitet".³⁾ Wird demgemäss im Ausschuß der Antrag auf Änderung einer Altnorm mit der Begründung abgelehnt, das Grundgesetz stehe seiner Weitergeltung nicht im Wege, so hat ein solcher Beschluß nur den Inhalt, daß dem Plenum die Variierung und Angleichung der Vorschrift nicht anempfohlen werden soll.⁴⁾ Selbstverständlich bleibt es dem Parlament unbenommen, den im Ausschuß verworfenen weitergehenden Änderungsvorschlag zu deliberieren und von der Möglichkeit der Amendation⁵⁾ Gebrauch zu machen. Abgesehen

1) Nur in dem extremen Ausnahmefall, daß die Mehrheit des Parlaments eine derartige Auffassung protokollarisch zu erkennen gäbe, wäre dies möglich.

2) Kleinrahm, AöR 79, S.137 (143)

3) Eschenburg, S.347 f.

4) Herholz, DÖV 1959, S.371 (375) deutet dies dahin, die Mehrheit sei der Ansicht gewesen, die Unvereinbarkeit der Vorschrift mit dem GG stehe nicht fest.

5) E. Kaufmann, Volkswillen, S.13

von der Wirklichkeitsfremdheit solcher Überlegungen¹⁾ liegt dann eine Willensäußerung des Gesetzgebers vor, die Berücksichtigung finden kann. In der Sicht einer subjektiv-historischen Interpretation sieht man sich aber gleichzeitig der gesamten hier behandelten Problematik entziehen, da solche Änderungswünsche ihren Niederschlag in einer positiven Bestimmung finden werden.

b) Nichtöffentlichkeit der Ausschusssitzungen

Nicht über jeden Hinweis oder Einwand eines Teilnehmers der Ausschusssitzung wird ein Beschluß herbeigeführt, der später anhand des Berichts dem Plenum zur Kenntnis gebracht wird. Selbst wenn über eine Frage wie diejenige der Verfassungsmäßigkeit einer vorkonstitutionellen Bestimmung eine heftige Diskussion stattgefunden hat, braucht der Ausschuß deren Inhalt nicht in den Bericht aufzunehmen und damit zu publizieren. Dennoch bleiben solche Ausschußberatungen nicht Interna der einzelnen Gremien, sondern nach der gegenwärtigen Übung werden stenografische Protokolle angefertigt, deren Kopien die Ministerien, das Bundesverfassungsgericht und auch bestimmte Kreise der Öffentlichkeit erhalten. Gegen diese Usance hat als erster Partsch in seinem bereits mehrfach zitierten Referat²⁾ Zweifel angemeldet, die hier geteilt werden. Partsch folgert aus § 73 Abs.1 GeschOBT³⁾, der die Nichtöffentlichkeit der Ausschußberatungen statuiert, daß demgemäß auch die stenografischen Protokolle nicht für die Öffentlichkeit bestimmt seien.⁴⁾ Diese grundsätzliche Vertraulichkeit der Beratungen⁵⁾ hat ihren guten Sinn. Der Abgeordnete soll sich im Ausschuß fernab von dem Druck der Parteidisziplin von den sachlichen Argumenten überzeugen lassen und sich ihnen fügen können.⁶⁾ Mit der Offenlegung

1) Es spielen hier die früher dargestellten Momente der Zeitnot und des mangelnden Vertrautseins mit der Materie herein, vgl. dazu oben S.69 f.; E.Kaufmann (a.a.O.) spricht von "wesensmäßigen Schranken", die einer solchen Möglichkeit gezogen seien.

2) VVDStRL Heft 16 (1958), S.74 (83).

3) Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags vom 16. Dezember 1951, Bekanntmachung vom 28. Januar 1952, BGBl II, S.389; geändert durch Beschluß v. 6. Dezember 1955, BGBl II, S.1048 und v. 2. Januar 1962, BGBl I, S.1

4) A.a.O., Anm.20

5) Die in bestimmten Fällen aber durchbrochen wird, vgl. § 73 Abs.4 - 7 GeschOBT.

6) So Partsch, §.83; zur spezifischen Funktion der Ausschußarbeit vgl. auch S.79.

der Protokolle wird dem Schutz dieser Freiheit entgegen-
gewirkt, wie überhaupt die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen
ihres Zweckes beraubt wird.

Der Auswertung der Ausschlußmaterialien steht somit
noch eine positiv-rechtliche Schranke entgegen, bei deren
Beachtung diese Belege gar nicht erst zugänglich wären, was
nicht zuletzt im Interesse einer klaren Abgrenzung zwischen
Ausschuß- und Gesetzgeberwillen nur wünschenswert sein
könnte.

4. Zusammenfassend kann deshalb die Ungeeignetheit der
subjektiven Auslegungsmethode zur Feststellung der mittel-
baren Bestätigung durch den Gesetzgeber festgestellt werden.
Sie ergibt sich rein äußerlich aus der Unzugänglichkeit der
Materialien für den Prozeßrichter, wie daneben aus der
"verschleierte Realität ..., die sich der politisch-
psychologischen Betrachtung des parlamentarischen Prozesses
(der Willensbildung) offenbart".¹⁾ Hier sind zu nennen die
reziproke Proportionalität zwischen Änderungsdiskussion
und Bestätigungswillen, die fehlende Kognition des Gesetz-
gebers über die Bestätigung, sowie die Notwendigkeit einer
funktionalen Rückstufung des Ausschußwillens. Schließ-
lich ist aus positiv-rechtlichen Gründen gegen die Veröffent-
lichung und Verwertung von Ausschußprotokollen Stellung zu
nehmen. Daß diese Ablehnung der Materialienforschung nicht
nur die rein subjektive Methode zur Feststellung des Be-
stätigungswillens betrifft, sondern gleichermaßen auch auf
die unterstützende und Zweifel behebende Heranziehung der
Entstehungsgeschichte, wie sie seit neuestem vom Bundesver-
fassungsgericht praktiziert wird, Anwendung finden muß, wurde
bereits eingangs der Kritik²⁾ erwähnt.

1) Kleinrahm, AöR 79, S.137 (141)

2) Vgl. oben S.65

5. Rechtspolitischer Exkurs: Die mittelbare Bestätigung als Problem der Gesetzgebungstechnik 1)

Auf der Suche nach einem geeigneten Mittel zur Umgehung dieser Schwierigkeiten und vornehmlich zur verfassungsrechtlichen Begutachtung vorkonstitutionellen Rechts ist die Errichtung eines sogenannten Gesetzgebungshilfsdienstes zu fordern. Er wäre als unabhängige Institution des Parlamentes zu denken und aus besonders befähigten beamteten Juristen zu bilden. Seine Aufgabe müßte darin bestehen, anlässlich der Teiländerung vorkonstitutioneller Gesetze im Hinblick auf Art.123 Abs.1 GG nach objektiven Gesichtspunkten eine Bestandsaufnahme derjenigen Normen zu machen, die sich seit Inkrafttreten des Grundgesetzes seiner Ansicht nach noch in Geltung befinden. Nur so würde der Gesetzgeber in die Lage versetzt, kraft eigenen Sachverständes auf Ergänzungserfordernisse hinweisen zu können, von deren Erfüllung gegebenenfalls die Sanktion der Gesetzesvorlage abhängig zu machen wäre. Nicht zuletzt würde hierdurch im Laufe der Zeit eine Bereinigung der gesamten Rechtsordnung erreicht und nach der subjektiven Interpretationsmethode wäre der Bestätigungswille des Gesetzgebers eindeutig feststellbar.

Daneben könnte sich die Tätigkeit eines solchen Hilfsdienstes auch nützlich auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von neuen Gesetzesvorlagen auswirken, eine Aufgabe, die in den romanischen Ländern der Staatsrat, in den USA die Gesetzgebungstechniker erfüllen.²⁾

Die hier erhobene Forderung nach einer besonderen Institution wäre mißverstanden, sollte sie im Sinne einer Kritik an der bisherigen Arbeit der Rechtsausschüsse oder der juristischen Berater der Regierungsbükratie gedeutet werden. Insbesondere die Rechtsausschüsse haben "häufig ein erstaunliches Maß an Objektivität gezeigt".³⁾ Mit Partsch ist jedoch ihre Aufgabenstellung zu bemängeln, weil

1) Zur Gesetzgebungstechnik vgl. die grundlegenden Arbeiten von Hedemann, Festschrift f. Schmidt-Rimpler, S.23 ff. und von Apelt, Gesetzgebungstechnik.

2) Partsch, S.88

3) Partsch a.a.O.

es in der Natur eines parlamentarischen Organs liegt, daß in seine Diskussionen politische Meinungsverschiedenheiten hineingetragen werden. Was die verfassungsrechtlich versierten Vertreter der Regierung anbelangt, so werden sie immer dann dem Parlament ihre Hilfe versagen müssen, wenn die politischen Interessen ihrer Auftraggeber tangiert werden.¹⁾

III. Feststellung der mittelbaren Bestätigung nach objektiver Methode

Nachdem vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 17. Mai 1960²⁾ die objektive Auslegungsmethode als herrschend propagiert³⁾ und zwecks Feststellung des Bestätigungswillens herangezogen wurde (und wird), soll nunmehr geprüft werden, ob durch sie im Gegensatz zur Anwendung der subjektiven Theorie brauchbare Ergebnisse zu gewinnen sind.

1. Anknüpfungspunkt: Gesetzestext

Läßt man die Motive und Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen außer acht und stellt die Erforschung des Gesetzessinnes gänzlich auf objektive Erkenntnismittel ab, so nimmt der Weg, der in das Innere, in die ratio der Norm führen soll, notwendigerweise an der äußeren Manifestation seinen Ausgangspunkt. "Wie der Naturforscher bei der Lösung der Prinzipienfragen von der Naturerscheinung ausgehen muß, so der Jurist von den im Gesetze gegebenen Prämissen."⁴⁾ Erst die Mehrdeutigkeit des Gesetzes-

1) Ebenso Kleinrahm, AöR 79, S.137 (156)

2) BVerfGE 11, S.126 (130); dazu oben S.54 ff.

3) Ob dies heute noch zutrifft, mag bezweifelt werden, ist jedoch im Rahmen der Arbeit nicht zu untersuchen. Immerhin sei auf die immer mehr an Raum gewinnende sog. Stufentheorie verwiesen, die subjektiv-historische u. objektive Momente nebeneinander zur Ermittlung des Gesetzessinnes verwendet; vgl. dazu Bender, JZ 1957, S.593 (597) m.w.N.; Betti, Interpretazione della legge ... insbes. S.17 ff., 163 ff.; ders., Festschrift f. Ernst Rabel, 2. Bd. S.79 (122 f.); Gény, Méthode d'interprétation ... S.119, 253 ff.; Kronstein, S.27; Larenz, Methodenlehre, S.241; Liver, S.29, dazu Erik Wolf, AöR 80, S.489 f., ferner Stern, Diss. S.173 m.w.N.; im Ergebnis wohl auch Siebert, S.37 ff.; für die Verfassungsauslegung Leisner, DÖV 1961, S.641 (642 u. 644)

4) So Kohler, Grünh. Z XIII, S.1 (15)

textes ruft den Interpreten auf den Plan¹⁾; der Text ist Gegenstand der Auslegung²⁾ und er bildet zugleich als zu präzisierender Wollensinhalt den Ausgangspunkt der Interpretation.^{3) 4)} Die gleiche Bedeutung hat auch schon sehr früh das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 21. Mai 1952 dem Gesetzeswortlaut beigemessen: "Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut⁵⁾ der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist."⁶⁾

Für die Feststellung der mittelbaren Bestätigung ergibt sich aus diesem Angelpunkt die erste Schwierigkeit. Es kann hier auf früher Gesagtes zurückgegriffen werden⁷⁾, nämlich auf die Grundtatsache, aus der sich die Frage nach der bestätigenden Willensäußerung überhaupt erst entwickelt: die fehlende Neuformulierung derjenigen vorkonstitutionellen Normen, die daraufhin geprüft werden sollen, ob sie in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen sind. Da gerade sie vom Änderungsgesetz unberührt geblieben sind, offenbaren sie keinen "objektivierten Willen des (neuen) Gesetzgebers", auf den nach der neuen Theorie des Bundesverfassungsgerichts abgestellt werden könnte.⁸⁾ Eine Willensäußerung des nachkonstitutionellen Gesetzgebers hat sich allein in den neuerdings modifizierten Bestimmungen niedergeschlagen. Die vom Bundesverfassungsgericht diesem Niederschlag beigefügte

1) Germann, Grundlagen, S.30

2) Larenz, Methodenlehre, S.234

3) So ganz deutlich Meier-Hayoz, SchwJZ 1956, S.173 (174); Reichel, Festgabe für R. Stammler, S.281 (295); Zweigert, Studium generale 1954, S.380 (381); vgl. ferner Wach, S.266.

4) Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß die "Wortinterpretation" immer am Anfang zu stehen habe - vgl. dazu Stern, Diss. S.191, Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil 1. Bd., § 56, H. Lehmann, Lehrb. S.54 und Zweigert a.a.O. - sondern mit dem Gesetzestext als Ausgangspunkt ist lediglich ein "erstes umrißweises Verstehen des Auslegungs-Themas" im Sinne Leisners (DÖV 1961, S.644) gemeint.

5) Vom Verf. hervorgehoben

6) BVerfGE 1, S.299 (Leits.2 u. S.312)

7) Vgl. oben S.62 f.

8) BVerfGE 11, S.126 (130)

Relevanz in Bezug auf die unveränderten Vorschriften beinhaltet im Grunde die Sanktionierung einer gesetzgebungstechnischen Formentartung¹⁾; denn damit wird dem Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt, seinen Rechtssetzungs- und Rechtsgeltungswillen außer auf dem Wege der positiven Äußerung auch mittelbar und damit konkludent zum Ausdruck bringen zu können. Immerhin sind Fälle denkbar und diese sind sogar naheliegend, wo eine solcherart "bestätigte" vor-konstitutionelle Norm mit Inkrafttreten des Grundgesetzes wegen Art.123 Abs.1 GG außer Geltung getreten war. Die These des Bundesverfassungsgerichts hätte dann die Konsequenz, daß dieselbe verfassungswidrige Bestimmung ohne formellen Rechtssetzungsakt aufs neue statuiert werden könnte.²⁾ Zumindest läuft die Bejahung der gesetzgeberischen Bestätigung durch das Bundesverfassungsgericht auf die Fiktion eines solchen Legislativaktes hinaus, und es stellt sich die rechtsdogmatische Frage, ob damit nicht die Grenzen zulässiger Auslegung gesprengt werden. Die Ungeeignetheit der Gesetzesinterpretation zur Feststellung der mittelbaren Bestätigung wird noch nachzuweisen sein³⁾, doch kann bereits an dieser Stelle soweit gesagt werden, daß durch Auslegung herkömmlicherweise wohl der Umfang eines Normierungswillens überprüft, aber niemals ein Normierungswille schlechthin festgestellt wird. Der Gesetzestext als Ausgangspunkt jeder Interpretation⁴⁾ hat so einen guten Sinn, der nicht zuletzt in den Erfordernissen eines gewaltenteilenden Rechtsstaates begründet ist; denn nur dort, wo überhaupt ein Regelungswille der Legislative erkennbar manifestiert wurde, steht es der dritten Gewalt zu, Unklarheiten auszu-

- 1) Es geht hier um ein ähnliches Problem wie bei dem von Hild. Krüger (DVB1 1956, S.711) aufgezeigten, wo der Gesetzgeber in § 17 Abs.2 Freiheitsentziehungsverfahrensgesetz vom 29. Juni 1956 (BGBl I, S.599) aussprach, die VO zur Bekämpfung Übertragbarer Krankheiten v. 1. Dezember 1938 solle fortan als förmliches Gesetz i. S. v. Art.104 Abs.1 GG "gelten" und damit eine ihm nicht zustehende und deshalb nichtige Rechtsqualifikation vorgenommen hat; vgl. hierzu auch Herb. Krüger, DÖV 1956, S.550 (552), sowie Schweiger, DÖV 1955, S.360 (363) unter 4 a).
- 2) Um freilich sofort wieder - nach einer Art logischen Sekunde - der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen das GG anheimzufallen.
- 3) Vgl. unten Ziff. V 2.
- 4) Vgl. die Nachweise oben S.77, Note, 3.

räumen und diesen objektivierten Willen des Gesetzgebers zu spezifizieren. "Nur ein verfassungsmäßig erschienener Gedanke ist Gesetz"¹⁾, und das Bundesverfassungsgericht setzt sich insofern mit dem Formargument²⁾ der objektiven Theorie in Widerspruch.

Sicher fehlt es bei Teiländerungen nicht an jeglicher äußeren Manifestation des gesetzgeberischen Willens, aber diese umfaßt nur die tatsächlich abgeänderten Vorschriften; aus ihrem Wortlaut ist für die Weitergeltung der unveränderten Altnormen normalerweise nichts zu entnehmen, sofern man von dem Sonderfall einer ausdrücklichen Bezugnahme auf vorkonstitutionelle Bestimmungen³⁾ absieht.⁴⁾ Abgesehen von dem letzteren Fall bleibt deshalb mangels einer Äußerung des Gesetzgebers die Möglichkeit einer grammatischen Interpretation in der Regel verschlossen.⁵⁾

2. Logisch-systematische Auslegung

a) Grundsätzliche Bedenken

Das Fehlen eines sprachlichen Anhaltspunktes führte die Rechtsprechung notgedrungenermaßen zu einer Konzentration auf systematische Argumente bei der Ermittlung des Bestätigungswillens.⁶⁾ Hierunter fallen nach h.M. die äußere Stellung der neugefaßten Vorschriften im Gesetz, der "jeweilige konkrete Gedankenzusammenhang" zu den unveränderten Normen und "letztlich die Fülle des im einzelnen Rechtssatz verborgenen Rechtsgedankens in seiner mannigfaltigen Bezüglichkeit auf die anderen Bestandteile des gesamten

1) Wach, Handbuch, S.256

2) Dazu Stern, Diss., S.147 f.

3) Es ist an Hinweise zu denken wie: § x bleibt unberührt, § x findet entsprechende Anwendung usw.

4) In solchen Fällen dürfte es nicht darauf ankommen, ob die Bezugnahme schon vor dem - nachkonstitutionellen - Änderungsgesetz bestanden hat oder neu eingeführt wurde. A.A. BVerfG 11, S.126 (133) für den umgekehrten Sachverhalt, wo ein Verweis der unveränderten Norm auf die geänderte schon länger bestanden hatte.

5) Dieses Auslegungsmittel wird vom BVerfG im Beschl. v. 17. Mai 1960 (BVerfGE 11, S.126, 130) ausdrücklich genannt, doch setzt sich das Gericht in der Falllösung damit nicht auseinander.

6) Vgl. Beschl. v. 17. Mai 1960, BVerfGE 11, S.126 (133)

Rechtssystem¹⁾ Man geht also herkömmlicherweise bei diesem Auslegungskriterium davon aus, daß ein Gesetzgebungswerk ein in sich geschlossenes und einheitliches Ganzes ist, dessen Teile sich deshalb gegenseitig sinnvoll ergänzen, weil sie vom Gesetzgeber daraufhin ausgerichtet sind, einem oder mehreren Rechtswerten im sozialen Leben der Gemeinschaft zum Durchbruch zu verhelfen. Die systematische Interpretation erwächst so in eine "Auslegung aus dem Geist der Kodifikation".²⁾

Für die hier gegebene Problematik ist die Zulässigkeit einer solchen Harmonisierung nicht zweifelsfrei. Geänderte und nicht geänderte Normen gehen auf verschiedene Gesetzgeber zurück, deren Werturteile vom Ursprung her divergieren können.³⁾ Der vorkonstitutionelle Normgeber war, gerade was verfassungsrechtliche Aspekte angeht, von anderen Ordnungsgedanken geleitet, als sie im Grundgesetz des neuen Rechtsstaates ihren Niederschlag gefunden haben. Die Verwendung der logisch-systematischen Interpretationsmomente erscheint mithin im Lichte einer zwangsweisen Harmonisierung, indem ein gemeinsamer Nenner ohne Ansehung der tatsächlichen Gegebenheiten unterstellt wird. Jedenfalls dürfte die Diskrepanz, die sich mit einer Teiländerung zwischen das vordem einheitliche Gefüge eines Gesetzes schiebt, insofern nicht unbeachtet bleiben, als ein derartiges Systembewußtsein der heutigen Gesetzgebungswirklichkeit abgeht.⁴⁾ Die bereits früher besprochenen erschwerten Arbeitsbedingungen des Gesetzgebers⁵⁾ widerstreiten einer systematischen Durchdringung der Gesamtmaterie und es wird vornehmlich bei Gesetzesänderungen Stückwerk geleistet, vor welchem Faktum auch die objektivistischen Lehren vor allem bei der Beurteilung von geänderten Gesetzen die Augen nicht verschließen sollten. Ein typisches Kind dieser Zeit ist das "Gesetz zur

1) Engisch, Einführung S.79; dazu auch Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil 1. Bd. § 56 und Siebert, S.8.

2) Leisner, DÖV 1961, S.641 (646)

3) Und in bestimmten Fällen sicher divergieren - man denke nur an die Relikte der nationalsozialistischen Gesetzgebung.

4) Auszunehmen sind Neukodifizierungen, die entweder eine Materie von Grund auf neu bearbeiten oder erstmals bearbeiten, wie z. B. die Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. Januar 1960 (BGBl I, S.17)

5) Siehe oben S. 46 ff. und 69 ff.

Änderung von Vorschriften des 3. Teils der Reichsabgabenordnung" vom 11. Mai 1956¹⁾, das sich durch eine allgemeine Milderungstendenz in Bezug auf die steuerstrafrechtlichen Vorschriften auszeichnete und dennoch die harte Nebenstrafe des § 401 RAO unberührt gelassen hatte. Ohne die Zeitnot der Parlamentsarbeit und bei systematischer Durchdringung des Steuerstrafrechts auf Regierungs- wie Gesetzgeberseite wäre sicherlich auch § 401 RAO an die neue Konzeption angeglichen worden. Mißt man aber die unveränderte Vorschrift des § 401 RAO an dem neuen, im Änderungsgesetz zum Ausdruck gelangten Werturteil des Gesetzgebers, so ist der Schluß der Bestätigung logisch ebensowenig einwandfrei wie der entgegengesetzte.²⁾ Die logisch-systematische Auslegung artet in eine Spekulation darüber aus, ob den Gesetzgebungsorganen die Härte des § 401 RAO gegenwärtig war oder ob sie einfach übersehen wurde.³⁾ Welcher Meinung man sich auch anschließt, sie wird sich mit Hilfe der Materialien "bestätigen" lassen.

Der Grund solcher Schwierigkeiten liegt in einer Verkehrung der interpretatorischen Aufgabenstellung. Der Geist der Kodifikation, sonst Integrationsfaktor sachbezoglicher Einzelnormen, ist hier gerade Gegenstand der Ermittlungen. Bei der Frage nach der mittelbaren Bestätigung wird vom Bundesverfassungsgericht die Sachbezüglichkeit von vor- und nachkonstitutionellen Normen dazu verwendet, eine einheitliche Systematik zu erschließen, aufgrund deren "der nachkonstitutionelle Gesetzgeber die alte Vorschrift nicht ungeprüft übernommen haben kann".⁴⁾ Das Merkmal des logisch-systematischen Zusammenhangs erfährt eine Aufwertung vom Mittel zum Ziel der Erkenntnis, und die soeben zitierte Diktion des Gerichts offenbart deutlich den eigentlichen Charakter der Schlußfolgerung, die letztlich darin besteht, daß die zu erforschende verfassungsrechtliche Prüfung von Altnormen durch den Gesetzgeber je nach der Intensität der Sachbezüg-

1) BGBl I, S.418; vgl. oben S.57 f.

2) Vgl. oben S.58

3) Das letztere nimmt - wie gesagt - ohne überzeugende Begründung das BVerfG an, vgl. BVerfGE 11, S.126 (133)

4) BVerfG a.a.O., S.132

lichkeit als geschehen oder nicht geschehen unterstellt werden muß. Es besteht eben de facto keinerlei Konnexität zwischen verfassungsrechtlicher Prüfung der Altnormen und inhaltlicher Ausgestaltung des Änderungsgesetzes, so daß auch der Grad des Sachzusammenhangs zwischen alten und neuen Normen über eine gesetzgeberische Bestätigung nichts auszusagen vermag.

Selbst wenn man aber von der uneinheitlichen Systematik eines geänderten Gesetzes und dem Fehlen einer tatsächlichen Verknüpfung zwischen Sachzusammenhang und bestätigender Prüfung absieht, scheitert die sichere Feststellung der Verwerfungskompetenz an der begrifflichen Eigenproblematik des engen Sachzusammenhangs.

b) Die Ungeeignetheit des engen Sachzusammenhangs als Abgrenzungskriterium zwischen bestätigten und nicht bestätigten vorkonstitutionellen Bestimmungen läßt sich praktisch belegen, wenn man einige markante gesetzgebungstechnische Phänomene herausgreift und auf die Möglichkeit der Bestätigung anderer Normen durch sie überprüft.¹⁾

Hier ist zunächst an den Fall der Einschränkung des Anwendungsgebietes einer vorkonstitutionellen Norm durch den grundgesetzgebundenen Gesetzgeber zu denken, wie er im Zusammenhang mit § 14 Abs.5 Nr.6 MilchG in der Rechtsprechung akut geworden ist.²⁾ Wenn der Bundesgesetzgeber den Flaschenmilchhandel von dem ansonsten bestehenden Erfordernis eines Mindestumsatzes befreit, so kann man mit Recht argumentieren, daß mit Statuierung dieser Ausnahme die Beschränkung im übrigen bestätigt wurde. Denn die Einführung der Ausnahme hat den Bestand der Regel zur logi-

1) Mit diesem neuen Kriterium hat sich bisher, soweit ersichtlich, nur Herholz in 2 Aufsätzen (DÖV 1959, S.371 und DÖV 1960, S.772) eingehend auseinandergesetzt; im übrigen vgl. die Hinweise bei H.-R. Lange, NJW 1962, S.893 (895); Ratuschny, BayVBl 1959, S.238 (239) und Rümelin, ZfZ 1959, S.329, der sich den von Herholz entwickelten Grundsätzen anschließt.

2) Vgl. den Vorlagebeschluß des BVerwG v. 29. November 1955, DVBl 1956, S.198 u. die daraufhin ergangene Entscheidung des BVerfG v. 17. Dezember 1958, BVerfGE 9, S.39 - dazu oben S.51 f.

schen Voraussetzung. Das sachliche Ineinandergreifen der alten und der neuen Norm ist also so eng, daß die nachkonstitutionelle Norm ohne das Bestehen der vorkonstitutionellen ihres Sinnes beraubt wäre. Und dennoch ist, wie Herholz nachweist¹⁾, auch die Schlußfolgerung möglich, daß das bisherige Verbot j e d e n f a l l s für den neu umschriebenen Tatbestandsfall nicht aufrechterhalten werden sollte. Stellt man nämlich auf den sachlichen Gehalt der Normen ab, so beinhaltet die Einführung der Ausnahme eine Beschränkung des Anwendungsbereiches der Regel; die Beschränkung des Anwendungsbereiches einer Norm hat aber nicht den Fortbestand der alten Normen zur Voraussetzung.²⁾ Dies wird deutlich, wenn man sich einen Fall vorstellt, wo eine bestimmte Zahl von Anwendungsfällen niedergelegt ist, wie etwa in § 3 EStG; dort heißt es: "Steuerfrei sind ..." und dann folgt ein Katalog von vielleicht acht Tatbeständen. Wird durch ein Änderungsgesetz hiervon ein Fall herausgestrichen, so bedeutet dies, daß in diesem Fall fortan Einkommensteuer zu leisten ist. Diese Steuerpflichtigkeit hat aber die Weitergeltung der Steuerfreiheit in den übrigen sieben Punkten nicht zur Voraussetzung.

Entsprechend verhält es sich bei der Erweiterung der Anwendungsfälle einer Norm und der Ergänzung von Aufzählungen. Wird etwa in dem Beispiel des § 3 EStG dieser Vorschrift ein 9. Anwendungsfall hinzugefügt, dann ist dieser zwar auf den Bestand der Wendung "steuerfrei sind ..." angewiesen, im übrigen aber auch selbständig und ohne Fortbestehen der anderen Punkte denkbar.³⁾ Dies gilt gleichermaßen für die sonstige Erweiterung einer vorkonstitutionellen Norm. Die Anknüpfung an die bestehenden Anwendungsfälle ist nur eine formale, während die Geltung der neuen Norm nicht das Fortbestehen der unveränderten alten "gerade in ihrem bisherigen Anwendungsbereich"⁴⁾ voraussetzt.

1) DÖV 1959, S. 371 (376)

2) Herholz a.a.O., S. 377, lit. f; von ihm ist auch das nachfolgende Beispiel übernommen.

3) So Herholz a.a.O., S. 376, lit. d.

4) Herholz a.a.O., S. 377, lit. e.

Nach diesem Modus des Abstellens auf den sachlichen Gehalt schließt auch die Bezugnahme einer geänderten Norm auf eine vorkonstitutionelle Bestimmung nicht begriffsnotwendig eine Bestätigung der Altnorm in sich. Gleichgültig, ob ein solcher Verweis¹⁾ im Tatbestandsteil oder im Rechtsfolgeteil erfolgt, ist der sachliche Gehalt der unveränderten Norm jedenfalls dann nicht vom Änderungsgesetz abhängig, wenn der Anwendungsbereich der alten Bestimmung durch die Änderungsvorschrift nicht voll ausgeschöpft wird.

Diese Ergebnisse beruhen darauf, dass der erforderliche "enge sachliche Zusammenhang"²⁾ in der von Herholz befürworteten Strenge aufgefaßt wird. Nach seiner Meinung soll der Sachzusammenhang zwischen geänderten und ungeänderten Normen nur dann so eng sein, daß von einer Bestätigung gesprochen werden kann, wenn "die Konkretisierung der alten Normen v o l l s t ä n d i g auf den neuen beruht".³⁾ Als Beispiele nennt Herholz vorkonstitutionelle Ermächtigungsnormen, die durch neue Durchführungsnormen konkretisiert werden, sowie die Aufrechterhaltung vorkonstitutioneller Ausnahmen bei Neuverkündung einer Grundnorm.⁴⁾ Zur Begründung dieser strengen Voraussetzungen beruft sich Herholz auf das vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Erfordernis der Offensichtlichkeit, welch letztere den engen sachlichen Zusammenhang zwischen veränderten und unveränderten Normen beherrschen müsse.⁵⁾

Gegen diesen Lösungsversuch lassen sich mehrere Einwände erheben. Zunächst ist festzustellen, daß auch bei Herholz Erwägungen anklingen, die den subjektiven Bereich des Gesetzgebungsverfahrens angehen; er führt nämlich aus, daß in Fällen, wo die neuen Normen das Fortbestehen der alten zur Voraussetzung haben, wohl als selbstverständlich unterstellt werden dürfe, daß der Gesetzgeber sich hierüber im

1) Etwas: "§ x findet entsprechende Anwendung" oder: "Dies gilt auch für § x."

2) BVerfGE 11, S.126 (132)

3) Herholz, DÖV 1960, S.772 (773 unter Ziff.2)

4) A.a.O.

5) BVerfG a.a.O., Herholz a.a.O., S.773 unter Ziff. 3

klaren gewesen ist.¹⁾ Wenn aber schon eine Unterstellung nötig ist, so könnte sie mit der gleichen Berechtigung dahin ausgedehnt werden, daß sich der Gesetzgeber von vornherein der mannigfaltigen Sachbezüglichkeit seiner Änderungsvorschriften bewußt gewesen sein muß. Ferner tauchen vom Ergebnis her insofern Zweifel auf, als kaum Fälle denkbar sind, wo die Altnorm in ihrem sachlichen Gehalt v o l l s t ä n d i g von der Änderungsbestimmung konkretisiert wird. Jedenfalls aber überzeugen die von Herholz gegebenen Beispiele nicht. Werden zu einer vor-konstitutionellen Ermächtigungsnorm nach Inkrafttreten des Grundgesetzes Durchführungsbestimmungen erlassen, so stellt sich das Problem der mittelbaren Bestätigung gar nicht, weil die Rechtsgrundlage, also die Ermächtigungsnorm, expressis verbis genannt werden muß.²⁾ Darin könnte un-schwer eine ausdrückliche Bestätigung erblickt werden. Abge-sehen davon wird in vielen Fällen der Anwendungsbereich der Ermächtigungsnorm durch die Verordnungen der Exekutive nicht eindeutig voll ausgeschöpft sein. Zu einem brauchbaren Ergebnis könnte allenfalls die Aufrechterhaltung der vor-konstitutionellen Ausnahmen zu einer neuverkündeten Grund-norm führen. Hier wird im Regelfalle der Anwendungsbereich der Ausnahmen auf die Grundnorm beschränkt sein. Damit wäre die Bestätigung in diesem einen Falle eindeutig fest-stellbar, womit das Problem jedoch nur eine Teillösung erfahren würde.

Vor allem aber kann der von Herholz entwickelten These im Ansatz nicht zugestimmt werden. Die Interpretation, die er dem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Erforder-nis der Offensichtlichkeit gibt, steht jedenfalls nicht in Einklang mit der eigenen Meinung des Gerichtes; denn inzwischen hat das Gericht zu erkennen gegeben, daß es die Offensichtlichkeit des materiellen Geltungswillens

1) A.a.O.

2) Art.80 Abs.1 Satz 3 GG. Im übrigen dürfte vor allem fraglich sein, ob der Delegatar bezüglich der ermäch-tigenden Norm rechtswirksam einen materiellen Geltungs-willen zum Ausdruck bringen kann; eine Norm kann wohl nur von derjenigen Instanz bestätigt werden, die auch für ihren Erlaß oder ihre Änderung kompetent wäre.

nicht nur in einem derartig eng abgesteckten Rahmen aufgefaßt haben möchte. Dies ergibt sich aus zwei Entscheidungen, welche wiederum die Verfassungsmäßigkeit steuerrechtlicher Vorschriften zum Gegenstand hatten. Im Beschluß vom 10. Oktober 1961¹⁾ stand § 3 Abs.1 Kapitalverkehrssteuergesetz (KVStG) i.d. Fass. vom 22. September 1955²⁾ zur verfassungsrechtlichen Prüfung.³⁾ Der Wortlaut des § 3 Abs.1 KVStG war seit Inkrafttreten des Gesetzes⁴⁾ bis zum Jahre 1959 nicht geändert worden, doch erachtete das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift als durch mehrere Änderungen des Teiles I "Gesellschaftssteuer"⁵⁾ bestätigt. Das Gericht verweist auf § 1 KVStÄndG 1953⁶⁾, wodurch § 7 KVStG geändert worden sei. § 7 KVStG nehme aber "die in den §§ 2 u. 3 bezeichneten Rechtsvorgänge bei bestimmten inländischen Kapitalgesellschaften (z.B. Vermögensverwaltung für einen nicht rechtsfähigen Berufsverband)" von der Besteuerung aus.⁷⁾ Später habe Art.1 Nr.1 KVStÄndG 1955⁸⁾ dem sich auf Abs.1 beziehenden § 3 Abs.2 Satz 1 eine neue Fassung gegeben. Der Satz "als Darlehen eines Gesellschafters gilt auch das Darlehen eines Dritten, wenn ein Gesellschafter dafür Sicherheit leistet", sei nämlich durch den Zusatz eingeschränkt worden "dies gilt nicht, wenn der Gesellschafter für Kredite aus öffentlichen Kreditprogrammen Sicherheit leistet".⁹⁾ Das Bundesverfassungsgericht läßt also die Bezugnahme der geänderten Bestimmung auf die unveränderte, wie auch die nachkonstitutionelle Statuierung einer Ausnahme zur vorkonstitutionellen Regelvorschrift als bestätigende Willensäußerung gelten. Ein weiterer Punkt der Begründung ist im besonderen Maße bemerkenswert. Das Bundes-

1) BVerfGE 13, S.153

2) BGBl I, S.590

3) Nach § 3 Abs.1 KVStG unterlag (die Vorschrift wurde inzwischen geändert) der Gesellschaftssteuer auch die Gewährung von Darlehen an eine inländische Kapitalgesellschaft durch einen Gesellschafter, wenn die Darlehensgewährung eine durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung ersetzte.

4) Am 16. Oktober 1934 (RGBl I, S.1058)

5) Dieser Teil I umfaßt auch § 3 KVStG

6) Gesetz zur Änderung des KVStG vom 29. Juli 1953 (BGBl I, S.711)

7) BVerfGE 13, S.153 (157 f.)

8) Gesetz zur Änderung des KVStG vom 19. August 1955 (BGBl I, S.530)

9) BVerfG a.a.O., S.158

verfassungsgericht stellt nämlich fest, der Bundesminister der Finanzen habe auf Grund von § 2 Abs.2 KVStÄndG 1953 das Kapitalverkehrssteuergesetz im ganzen i. d. Fass. vom 22. September 1955¹⁾ als Kapitalverkehrssteuergesetz 1955 neu bekanntgemacht.²⁾ Aus der Diktion und der Stellung dieses Hinweises innerhalb der Gesamtbegründung könnte man schließen, daß das Gericht der Veröffentlichung einer solchen Gebrauchsfassung³⁾ im Hinblick auf die mittelbare Bestätigung gleiche Bedeutung beimißt wie den übrigen auf den Sachzusammenhang ausgerichteten Gründen. Sämtliche Argumente werden zwar aneinandergereiht, doch gibt das Gericht nicht zu erkennen, ob sie nur in ihrer Gesamtheit relevant gewesen sind oder auch jeweils einzeln die Bestätigung des § 3 Abs.1 KVStG bewirkt hätten. Jedenfalls hat sich das Bundesverfassungsgericht hier eine Möglichkeit zur Fortbildung seiner Rechtsprechung eröffnet, auf die es gegebenenfalls zurückgreifen kann und die ganz jenem Streben nach Offenheit entspricht, auf das noch zurückzukommen sein wird.⁴⁾⁵⁾

Die zweite Entscheidung, die das Erfordernis des offensichtlichen Sachzusammenhangs am konkreten Fall erläutert, behandelt die Verfassungsmäßigkeit des § 8 Ziff.5 GewStG⁶⁾, der gleichfalls seit Erlaß des Gewerbesteuergesetzes⁷⁾ im Wortlaut unverändert geblieben war.⁸⁾

1) BGBl I, S.590

2) BVerfG a.a.O.

3) Vgl. auch oben S.63 f.

4) Vgl. unten Ziff. IV

5) An der weiteren Begründung des Beschlusses, durch das Gesetz zur Änderung verkehrssteuerrechtlicher Vorschriften vom 25. Mai 1959 (BGBl I, S.261) seien zahlreiche Bestimmungen des KVStG geändert worden "darunter auch die §§ 2 u. 3", übt H.-R. Lange (NJW 1962, S.893, 895) zu Unrecht Kritik, wenn er bemängelt, man erfahre nicht, ob gerade § 3 Abs.1 KVStG geändert worden sei. Wäre dies der Fall, so würde sich die Frage der mittelbaren Bestätigung überhaupt nicht stellen und das Gericht hätte sich mit einem Hinweis auf diese Änderung begnügen können, um § 3 Abs.1 KVStG als nachkonstitutionelles Recht zu behandeln. Im übrigen stellt doch das BVerfG eingangs seiner Begründung (a.a.O., S.157) fest, daß der Wortlaut seit 1934 unverändert geblieben ist.

6) Urt. v. 24. Januar 1962, BVerfGE 13, S.290

7) Am 1. Dezember 1936 (RGBl I, S.979)

8) Inhaltlich verfügte § 8 Ziff.5 GewStG die Hinzurechnung von "Gehälter(n) und sonstig(n) Vergütungen jeder Art, die für die Beschäftigung von Ehegatten des Unternehmers oder Mitunternehmers im Betrieb gewährt worden sind", zum Gewerbeertrag.

Die Bestätigung wurde einmal aus der Neufassung des § 7 GewStG im Jahre 1951¹⁾ hergeleitet, der den Gewerbeertrag als Gewinn aus dem Gewerbebetrieb "vermehrt und vermindert um die in den §§ 8 und 9 bezeichneten Beträge" definierte;²⁾ damit, wie auch durch den neu eingefügten § 10 a³⁾ wurde nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts "die weitere Anwendung der alten Normen ausdrücklich angeordnet" und der Bestätigungswille des Bundesgesetzgebers ist tatsächlich "im Gesetz selbst klar zu erkennen".⁴⁾ Daneben läßt das Gericht aber auch die Verweisungen auf § 8 GewStG in Abschnitt IV Art.8 Nr.3 u. 4 sowie in Art.9 Abs.2 des Gesetzes zur Neuordnung von Steuern vom 16. Dezember 1954⁵⁾ als-selbständige - "weitere Bestätigungen" gelten⁶⁾, also Verweisungen in einem nicht spezifisch gewerbesteuerrechtlichen Gesetz, die den ungeänderten § 8 Ziff.5 GewStG inhaltlich nicht voll und ganz "konkretisieren" im Sinne der These von Herholz.

Die Anwendung des strengen Herholzschens Begriffs des Sachzusammenhangs hätte im Falle des § 3 Abs.1 KVStG sicher, bei § 8 Ziff.5 GewStG u.U. zur Ablehnung der Bestätigung geführt. Das von der Rechtsprechung verwendete Abgrenzungskriterium enthüllt so eine breite Spanne von Deutungsmöglichkeiten und bedürfte selbst wieder der Abgrenzung. Diese Eigenproblematik haftet zum einen Teil dem Begriff des engen Sachzusammenhangs selbst an, bei dem die erforderliche Enge der sachlichen Verflechtung abzugrenzen Schwierigkeiten bereitet, zum andern widerstreitet die unübersehbare Vielfalt der gesetzestechnischen Kombinationsmöglichkeiten einer theoretischen Durchdringung und endgültigen Absteckung nachvollziehbarer Grenzen. Die Klarheit und Praktikabilität des Begriffs, die "vor allem im Bereich

1) Durch das Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuerrechts v. 27. Dezember 1951 (BGBl I, S.996)

2) BVerfG a.a.O., S.294

3) Nach § 10 a GewStG bemißt sich der Gewerbeverlust nach den Fehlbeträgen, die sich bei der Ermittlung des Gewerbeertrages für drei vorangegangene Erhebungszeiträume "nach den Vorschriften der §§ 7 bis 10 ergeben haben".

4) BVerfG a.a.O.

5) BGBl I, S.373

6) BVerfG a.a.O., S.294 f.

des Prozeßrechts (Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts) von eminenter Bedeutung" ist¹⁾, wird also entgegen der Meinung Zeidlers²⁾ durch die mit Beschluß vom 17. Mai 1960 eingeleitete neue Phase der Rechtsprechung nicht gefördert. Und gerade den Instanzgerichten, an deren Adresse diese Methode der Kompetenzbestimmung vornehmlich gerichtet ist, wird mit der Schaffung eines so schillernden Begriffs nicht geholfen sein. Nach den zuvor dargelegten methodischen Bedenken³⁾ verfängt also bei der vom Bundesverfassungsgericht praktizierten Methode auch nicht eine Argumentation "vom Ergebnis her"⁴⁾, um den begangenen Weg zu rechtfertigen. Die Bestätigung von Altnormen durch den Gesetzgeber ist nach wie vor nicht in den Griff zu bekommen und so bleibt die Qualifizierung der Rechtsnormen als vor- oder nachkonstitutionell und damit die Entscheidung über seine Prüfungskompetenz im Einzelfall dem Bundesverfassungsgericht selbst vorbehalten.

IV. Auflösung der Rechtsnorm in Kasuistik?

Vor dem Umbruch der Rechtsprechung durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Mai 1960⁵⁾ erhob Forsthoff in seiner Strukturanalyse über die "Umbildung des Verfassungsgesetzes"⁶⁾ gegen das Bundesverfassungsgericht den Vorwurf der "Vermeidung jurisdiktioneller Selbstbindung"⁷⁾ und der "Auflösung des normativen Rechts in Kasuistik".⁸⁾ Er berief sich damals auf die Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht den Beschluß vom 17. Januar 1957⁹⁾ wohl auf die Entscheidung vom 24. Februar 1953¹⁰⁾ gestützt, jedoch den zwischenzeitlich ergangenen Beschluß vom 25. Mai 1956¹¹⁾ unerwähnt gelassen habe. Da sich somit das Gericht von der letzteren Entscheidung nicht distanziert habe,

1) Zeidler, Maßnahmegesetz, S.177.

2) A.a.O., Anm.9

3) Vgl. oben S.79 ff.

4) Dazu Bachof, AöR 87, S.1 (6); zur Praktikabilität von Begriffen vgl. auch Bachof, Festschrift für Laforet, S.285 (293 ff.)

5) BVerfGE 11, S.126 - dazu oben S.54 ff.

6) Festschrift für Carl Schmitt, S.35 ff.

7) A.a.O., S.60

8) A.a.O., S.55 f.

9) BVerfGE 6, S.55 (65 ff.), vgl. oben S.48 ff.

10) BVerfGE 2, S.124 (128 ff.), dazu oben S.11 ff.

11) BVerfGE 5, S.13 (16), vgl. oben S.41.

behalte es sich vor, bei Gelegenheit darauf zurückzugreifen; die Qualifizierung einer Norm als vor- oder nachkonstitutionelles Recht halte also das Gericht offen, es handle sich folglich um keine "Entscheidung nach (ungeschriebenen oder geschriebenen) Normen" mehr, vielmehr bleibe sie "ausschließlich eine solche der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts".¹⁾

Daß jedenfalls die Beweisführung Forsthoffs als "mißglückt" angesehen werden muß, hat mittlerweile Hollerbach in überzeugender Weise dargetan.²⁾ Unter Berufung auf die "technische Verschiedenheit der Normen und des Verfahrens" weist er nach, daß die Entscheidung BVerfGE 5, S.13 (16) der bis dahin "kontinuierlich verlaufene(n) Entwicklung der Rechtsprechung zu Art.100 Abs.1 GG"³⁾ nicht widerspricht. Es trifft zu, daß im Beschluß vom 25. Mai 1956 § 372 a ZPO nicht als vorkonstitutionelle Norm qualifiziert wurde, sondern diese Bestimmung wurde gerade, obwohl nach Inkrafttreten des Grundgesetzes durch den Bundesgesetzgeber eingefügt, hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Schutzklausel des Art.19 Abs.1 Satz2 GG wie vorkonstitutionelles Recht behandelt. Überdies wird man mit Hollerbach beachten müssen, daß die Prüfung des § 372 a ZPO Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde war und nicht im Verfahren einer Normenkontrolle gemäß Art.100 GG getroffen wurde.⁴⁾

Wie dem auch sei, man wird in Ansehung der Konsequenzen der neuen Abgrenzungsmethode das damalige Anliegen Forsthoffs mit der Einschränkung aufgreifen können, daß ein bewußtes Streben nach Offenheit⁵⁾ nicht nachweisbar ist. Die Offenheit ergibt sich nach Umstellung⁶⁾ der Methodik auf eine objektive Basis wie dargelegt⁶⁾ zwangsläufig aus der Eigenproblematik des propagierten Abgrenzungs-

1) Forsthoff a.a.O., S.56

2) Vgl. Hollerbach, AöR 85, S.241 (251 f.)

3) Zeidler, DÖV 1960, S.23 (Anm. zum Beschl. d. BVerfG v. 6. Oktober 1959)

4) Gegen eine unterschiedliche Behandlung des vorkonstitutionellen Rechts im Verfahren der Normenkontrolle und der Verfassungsbeschwerde, die das Gericht im Zusammenhang mit § 93 Abs.2 BVerfGG praktiziert, vgl. Arndt, JZ 1961, S.289 (290) (Anm. z. Beschl. d. BVerfG v. 5. Juli 1960 = BVerfGE 11, S.255)

5) Forsthoff a.a.O., S.56

6) Oben S.82 ff.

kriteriums, bei welchem die Bestätigung davon abhängt, ob im Einzelfall der Sachzusammenhang zwischen alten und neuen Normen als ausreichend eng erachtet wird. Da sich der Begriff des engen Sachzusammenhangs einer rechtsdogmatischen Erfassung entzieht, bleibt die Entscheidung, ob eine Norm vor- oder nachkonstitutionelles Recht ist, von Fall zu Fall der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorbehalten, ohne daß sich ein Maßstab herausarbeiten ließe. Daß von der Rechtsprechung hier nicht endlich klare Grenzen festgelegt werden¹⁾, ist umso erstaunlicher, als die Unterscheidung des vor- und nachkonstitutionellen Rechts "in hohem Grade von ideellen und ideologischen Faktoren unabhängig, also eine rechtstechnische Unterscheidung"²⁾ beinhaltet. Entweder liegt dem Gericht doch nach wie vor daran, "die Normenkontrolle in jedem Falle in der Hand zu behalten"³⁾ oder es schreckt davor zurück, die einmal beschworenen Geister mit einem Schlag in die Schranken zu weisen. Einen Ansatz zur Bereinigung der gesamten Problematik könnte der Beschluß vom 10. Oktober 1961⁴⁾ bieten, wo unter anderem der Neubekanntmachung eines teilweise geänderten Gesetzes durch ein besonders ermächtigtes Exekutivorgan Bedeutung beigemessen wird.⁵⁾ Würde das Bundesverfassungsgericht bei Gelegenheit hierauf zurückkommen und die Veröffentlichung einer solchen Gebrauchsfassung als bestätigende Äußerung des Gesetzgebers genügen lassen, so wäre damit schon viel gewonnen und für einen Großteil geänderter Gesetze Klarheit geschaffen.

Ob sich hier tatsächlich eine neuerliche Wendung abzeichnet, bleibt abzuwarten; dies wäre indessen aus dem Grunde wünschenswert, weil auf der anderen Seite die Gefahr droht, daß die "Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers" innerhalb der jeweiligen Begründung der Verwerfungskompetenz zur Vokabel wird. An dieser Stelle ist der Beschluß vom 8. Juni

1) Daß sie möglich sind, wird im 3. Abschnitt zu zeigen sein.

2) Forsthoff a.a.O., S.56

3) Forsthoff a.a.O., S.57

4) BVerfGE 13, S.153, vgl. oben S.87 f.

5) A.a.O., S.158

1960¹⁾ zu nennen, der die Vereinbarkeit des § 9 Abs.1 PBefG²⁾ mit Art.12 Abs.1 GG - soweit der Mietwagenverkehr betroffen wurde - verneinte. Die Aufnahme des seit 1934 im Wortlaut unverändert gebliebenen § 9 Abs.1 PBefG³⁾ in den Willen des Bundesgesetzgebers wird dort mit den folgenden beiden lapidaren Sätzen begründet:

"Schon das Gesetz über das Inkrafttreten von Vorschriften des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 16. Januar 1952 - BGBl I, S.21 - zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber die Fortgeltung des Personenbeförderungsgesetzes im ganzen wollte. Jedenfalls steht aber nach dem Gesetz vom 12. September 1955⁴⁾, insbesondere nach dessen Entstehungsgeschichte (vgl. den schriftlichen Bericht des Verkehrsausschusses, BT II/1953, Drucks.1480), fest, daß § 9 Abs.1 PBefG vom Bundesgesetzgeber als weitergeltendes Recht bestätigt worden ist."⁵⁾

Die Entscheidung läßt also weder unmittelbar erkennen, worin im einzelnen die Bestätigung gesehen wird, noch aus welchen Bestimmungen der summarisch zitierten Änderungsgesetze sie entnommen werden kann.⁶⁾ Die recht kurzen Ausführungen bleiben völlig in der bloßen Behauptung dessen stecken, was nachzuweisen wäre, zumal bei der Lektüre der angeführten Änderungsgesetze der Bestätigungswille keineswegs in die Augen springt. Das Gesetz vom 16. Januar 1952 berührt lediglich § 2 Nr.2⁷⁾ und § 4 PBefG⁸⁾, sowie § 38 Abs.1 der Durchführungsverordnung zum Personenbeförderungsgesetz⁹⁾ und steht wohl außerhalb eines offensichtlichen

- 1) BVerfGE 11, S.168; dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß es sich um eine Entscheidung des 1. Senates handelt.
- 2) Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande v. 4. Dezember 1934 (RGBl I, S.1217).
- 3) § 9 Abs.2 PBefG wurde neu gefaßt durch § 1 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 12. September 1955 (BGBl I, S.573).
- 4) Vgl. oben Note 3.
- 5) BVerfG a.a.O., S.178.
- 6) Hierauf weist auch H.-R. Lange, NJW 1962, S.893 (895 Ziff. 3 c) hin.
- 7) Er lautete danach:
"Einer Genehmigung bedarf, wer gewerbsmäßig Personen ... 2. mit Landfahrzeugen linienmäßig befördern will (Unternehmer von Linienverkehr) ..."
- 8) Enthält die Definition des Begriffs "linienmäßig".
- 9) Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 26. März 1935 (RGBl I, S.473); dessen § 38 Abs.1 erhielt folgende Fassung:
"Als Gelegenheitsverkehr gilt der Verkehr mit Droschken, Ausflugswagen oder Mietwagen."

engen Sachzusammenhangs mit § 9 Abs.1 PBefG, der die Voraussetzungen zur Untersagung der Genehmigung umschreibt, nämlich die Kollision des Unternehmens mit den Interessen des öffentlichen Verkehrs. Das Gesetz vom 12. September 1955 beschränkt sich darauf, dem § 9 Abs.2 PBefG eine neue Fassung zu geben.¹⁾ Dabei wird freilich ein - irgendwie gearteter - Sachzusammenhang zu Absatz 1 nicht geleugnet werden können; das Bundesverfassungsgericht hebt indessen nicht einmal auf dieses Kriterium ab, ungeachtet der knapp einen Monat zuvor in BVerfGE 11, S.126 niedergelegten Neubesinnung des 2. Senates.²⁾ Hier wäre also mehr Klarheit erwünscht gewesen, um nicht dem Verdacht der "Vermeidung jurisdiktioneller Selbstbindung"³⁾ erneut Nahrung zu geben. Werden vor der umfassenden Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts gewisse Schranken errichtet, so nimmt die Glaubwürdigkeit der Doktrin dann Schaden, wenn nur ihre Respektierung, nicht aber in gleichem Maße die Berechtigung ihrer Durchbrechung demonstriert wird.

Hierüber sollte auch das an sich rechtspolitisch wünschenswerte Ergebnis nicht hinwegtäuschen, daß das Bundesverfassungsgericht mit der Bejahung seiner Verwerfungskompetenz alles ins rechte Lot gedrückt habe. Mit einer solchen Argumentation vom Ergebnis her könnte dem Streit um die mittelbare Bestätigung von Altnormen der Boden annähernd entzogen werden. Nicht nur, daß das Bundesverfassungsgericht in letzter Zeit eher zu Bejahungen zu tendieren scheint⁴⁾, es macht auch, wenn man einmal diese Rechtsprechung rückblickend überschaut, einen fast durchweg sinnvollen Gebrauch von dem Begriff der Bestätigung, indem die für die Rechtswirklichkeit eminent bedeutsamen Bestimmungen meist seiner eigenen Kompetenz zugeschlagen werden. Es sei

1) Er lautete von da an:

"Die Genehmigung darf bei allen in § 2 genannten Verkehrsarten nicht erteilt werden, wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln bedient werden kann."

2) Daß gerade § 9 Abs.1 PBefG beibehalten werden sollte, dafür spricht sich zwar der schriftl. Bericht d. Ausschusses für Verkehrswesen (BT II/1953, Drucks.1480) aus, doch ist dies nach dem früher Gesagten (vgl. oben S.65 ff.) ein unzuverlässiges Indiz für den objektivierten Rechtsgeltungswillen.

3) Vgl. oben S.89.

4) Die drei seit BVerfGE 11, S.126 ergangenen Entscheidungen sprachen sich für die erfolgte Besätigung und damit für die Zuständigkeit des BVerfG aus - vgl. BVerfGE 11, S.168 (178); 13, S.153 (157 f.); 13, S.290 (294 f.).

hier an die Normenkontrollverfahren um die Verfassungsmäßigkeit der §§ 26 EStG, 8 UStG, 14 Abs.5 Ziff.6 MilchG, 9 Abs.1 PBefG, 3 Abs.1 KVStG und 8 Ziff.5 GewStG erinnert; und selbst die ablehnende Entscheidung bei § 401 RAO erscheint durch seine alsbaldige Aufhebung im Wege der Reform¹⁾, deren sich das Gericht bewußt war, nicht als unheilbarer Angriff auf die Postulate von Rechtssicherheit und -einheit. Von dieser Sicht würde sich nur der Beschluß vom 6. Oktober 1959 gefährlich ausmachen, der die verfassungsmäßige Prüfung des Unehelichenrechts den Prozeßgerichten überantwortet.²⁾ Diese rechtspolitisch erfreuliche Statistik erweist sich jedoch bei näherem Besehen aus zwei Gründen als Trugschluß. Zum einen lassen sich gerade wegen der "Offenheit" der Rechtsprechung keinerlei Prognosen über die zukünftige Handhabung stellen, zum andern leidet diese Statistik unter dem Mangel einer eklatanten Unvollständigkeit. Mit dem Begriff der Aufnahme von Altnormen in den Willen des Gesetzgebers sollte zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts den Prozeßgerichten ein Instrument zur Abgrenzung ihrer Vorlagepflicht nach Art.100 Abs.1 GG in die Hand gegeben werden. Wenngleich die Gerichte infolge der bestehenden Unsicherheit eher geneigt sein werden vorzulegen, ist doch keine Garantie dafür gegeben, daß von dieser Seite der neue Begriff ebenso sinnvoll gehandhabt wird. Das hier möglicherweise vorhandene Material ist aber gar nicht erfaßbar, was auch deshalb bedauerenswert erscheint, weil hieraus ebenfalls wertvolle Aufschlüsse über die Praktikabilität der Methode zu gewinnen wären.

V. Methodologische Bedenken

Es wurde bisher nachgewiesen, daß weder mit Hilfe der subjektiv-historischen, noch der objektiven Methode die Frage hinreichend geklärt werden kann, ob der Gesetzgeber eine vorkonstitutionelle Norm in Bestätigungsabsicht in

1) Vgl. oben S.57, Note 1

2) BVerfGE 10, S.129 (131 ff.)

seinen Willen aufgenommen hat.¹⁾ Die Materialien der Änderungsgesetze sind unzuverlässig, weil mehrdeutig²⁾, der enge Sachzusammenhang zwischen alten Normen und solchen, die vom Bundesgesetzgeber modifiziert wurden, ist als Abgrenzungsmittel sowohl deshalb ungeeignet, weil die Gesetzes-systematik bei Teiländerungen vorgefunden wird und keine Rückschlüsse auf den Normierungswillen zuläßt³⁾, als auch auf Grund einer dem Begriff inhärenten eigenen Abgrenzungs-problematik⁴⁾, durch welche einer für das Prozeßrecht (Zu-ständigkeit des Bundesverfassungsgericht) schädlichen Kasuistik Tür und Tor geöffnet wird.

Sucht man den Ursprung dieser Schwierigkeiten zu er-gründen, so muß die Ausgangsposition des Bundesverfassungs-gerichts zur Feststellung der mittelbaren Bestätigung über-prüft werden, da die vielfältigen Ungereimtheiten im Gefolge eines ansonsten gefestigten Erkenntnismittels⁵⁾ anders nicht erklärlich sind. Gleichgültig, ob nach objektiver oder subjektiver Theorie verfahren wird, im allgemeinen, d. h. außerhalb der hier zu untersuchenden Frage, zeitigen beide Wege ein - wenn auch inhaltlich differierendes - in sich geschlossenes Ergebnis. Das Scheitern beider Modalitäten erweckt darum Zweifel über die Aufgabenstellung, welche das Bundesverfassungsgericht der Gesetzesinterpretation ange-deihen läßt.

1. Besinnt man sich zunächst auf den Wortsinn des Begriffes "Auslegung", so versteht man darunter die "'Auseinander-legung", Klarstellung, Verdeutlichung des in ... (einem Text) beschlossenen Sinnes"⁶⁾; "auslegen heißt 'heraus-legen, auseinander-legen, also s i c h t b a r m a c h e n, w a s d r i n s t e c k t'"⁷⁾; denn "wo der Mensch

1) Vgl. oben S.65 ff. u. S.76 ff.

2) Oben S.67

3) Oben S.79 ff.

4) Oben S.82 ff.

5) Der Theorienstreit um subjektive oder objektive Gesetzes-auslegung braucht hier nicht entrollt zu werden (vgl. die Literaturzusammenstellung bei Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 54 II, S.324 f., Anm.2 u. 5 und bei Engisch, S.194, Anm.57); als gefestigt soll hier nur die Aufgabenstellung der Auslegung bei der Gesetzesan-wendung bezeichnet werden. Dies wird im einzelnen noch nachgewiesen.

6) Larenz, Methodenlehre, S.234

7) Bierling, Prinzipienlehre IV, S.198

psychische Vorgänge im äußeren Verhalten erkennbar werden läßt, insbesondere wo er seine Vorstellungen und Absichten in Worten und Handlungen Dritten gegenüber zum Ausdruck bringt, steht der Dritte vor der Aufgabe, aus den erkennbaren Tatsachen auf die unerkennbaren zurückzuschließen.¹⁾ Jede menschliche Äußerung in Wort und Bild beinhaltet eine gewisse Abstraktion²⁾, und es obliegt dem angesprochenen Dritten, den dahinter liegenden Sinn aufzudecken, das Gedachte nachzuvollziehen. Diesen gedanklichen Vorgang, der sich weit über das juristische Gebiet hinaus erstreckt, könnte man als philologische Auslegung bezeichnen; sie besteht nach der vielzitierten Formel Boeckh's in dem "Erkennen des Erkannten".³⁾

Die spezifisch juristische Auslegung entspringt dem gleichen Phänomen, ja gerade hier ist eines der ureigensten Gebiete bewußt abstrahierter Äußerungen.⁴⁾ Erläßt der Gesetzgeber eine Norm, so hat er eine gewisse Anzahl von Tatsachen vor Augen, für die er die Rechtsfolge bestimmen will. Bei der abstrakten Formulierung dieser zu regelnden Sachverhalte werden aber "ausserdem noch Dinge einbezogen, die man nicht deutlich voraussieht, ja bei der Mannigfaltigkeit und dem fortgesetzten Wechsel der sozialen Verhältnisse ist es ganz unmöglich, alles vorauszusehen, worauf das Gesetz künftighin anwendbar sein wird."⁵⁾ Dabei liegt es gerade im Wesen der Rechtssetzung, auch künftige Fälle der Regelung unterwerfen zu wollen. Die Tätigkeit des Richters wie überhaupt jedes Rechtsanwendenden besteht darin, diese Abstraktion aufzulösen, sie im Hinblick auf den zu beurteilenden Fall zu konkretisieren. Er geht dabei nach dem Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung vor, der auf folgende Formel gebracht werden kann:

Für T gilt R
S ist ein Fall von T

Für S gilt R⁶⁾

1) Manigk, Auslegung, S.428

2) Ähnlich Manigk a.a.O., S.429

3) Encyklopädie, S.187

4) Sofern man von dem anglo-amerikanischen Rechtskreis absieht, wo nach wie vor das sog. case-law germanischen Ursprungs existent ist. (Vgl. Sauer, Methodenlehre, S.403 f.; Engisch, S.178 f., jeweils m.w.Nachw.) Selbst dort ist aber Auslegung notwendig, da kein Fall dem andern identisch ist und die Gleichartigkeit des zu entscheidenden mit einem Präjudiz herausgearbeitet werden muß.

5) So Germann, Grundlagen, S.27

6) So die Formulierung von Larenz, Methodenlehre, S.229

Die Schwierigkeit der Rechtsanwendung besteht darin, den jeweiligen konkreten Lebenssachverhalt als "einen Fall" des gesetzlichen Tatbestandes zu "erkennen". Hierzu muß die Tragweite des Tatbestandes klargestellt, eben auseinandergelegt werden; er wird in solche Fälle aufgelöst, die sicher vom Willen des Gesetzes bzw. des Gesetzgebers umfaßt sind, um dann festzustellen, "unter welchen Gesichtspunkten und in welchen Beziehungen der neue Fall diesen gesetzesbetroffenen Fällen gleichzuachten ist ..."¹⁾ Aufgabe der juristischen Auslegung ist sonach die "Klarstellung des Sinnes einer Norm, ihre Klarerformung z w e c k s s c h l ü s s i g e r A n w e n d u n g a u f e i n e n R e c h t s f a l l"²⁾, es ist die für die "Anwendung (des Gesetzes) maßgebende Sinnesermittlung".³⁾ Die Interpretation soll die Frage beantworten, "welcher Inhalt der aus der generellen Norm des Gesetzes in ihrer Anwendung auf einen konkreten Tatbestand zu deduzierenden individuellen Norm eines richterlichen Urteils ... zu geben ist".⁴⁾ In einer Untersuchung über die Divergenz zwischen juristischer und historischer Hermeneutik sagt Gadamer, der Jurist fasse "den Sinn des Gesetzes von dem gegebenen Fall her und um dieses gegebenen Falles willen".⁵⁾ Nun ist zwar nach Binding⁶⁾ zwischen theoretischer und praktischer Auslegung zu unterscheiden, doch stimmen beide Modalitäten insoweit überein, als auch der Rechtstheoretiker subsumiert, um den Inhalt der Gesetze für die Rechtslehre zu umschreiben; er konstruiert hypothetische Fälle, die er der Norm unterzuordnen versucht.⁷⁾ Hieraus wird deutlich, daß die Gesetzesinterpretation herkömmlicherweise dazu dient, den A n w e n d u n g s b e r e i c h der Normen in Bezug auf die Rechtswirklichkeit zu verdeutlichen; sie ist das Hilfsmittel,

- 1) So Engisch, S.68, womit nicht das Problem der Lückenausfüllung angesprochen sein soll, sondern Engisch versteht unter den "gesetzesbetroffenen" solche Fälle, die vom Wortlaut unzweifelhaft umfaßt sind; vgl. auch W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung ... S.161 f.
- 2) Sauer, Methodenlehre, S.293 (Hervorhebung vom Verf.); ähnlich Merkel, Encyklopädie, S.143 § 351
- 3) Manigk, Auslegung, S.432 Ziff.II 3
- 4) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, S.346
- 5) Wahrheit und Methode, S.308
- 6) Handbuch I, S.450 (452)
- 7) Hierzu C. Schmitt, Gesetz und Urteil, S.61; vgl. auch Kelsen a.a.O., S.346.

das "Was" der gesetzlichen Regelung zu erforschen, ihr Ziel ist die "Markierung des sachlichen Geltungsbereichs", es geht, wie Zeidler treffend sagt, um die Prüfung, "ob die Norm mit dem Objekt kongruiert".¹⁾ Über Zweck und Aufgabenstellung der Gesetzesinterpretation herrscht auch Einigkeit unter den verschiedenen Theorien²⁾; der Meinungsstreit setzt erst bei der Frage nach dem Ziel der Auslegung ein, so daß es hier dahinstehen kann.

2. Demgegenüber ist es eine ganz andere Frage, ob der Gesetzgeber eine Altnorm in seinen Willen aufgenommen und dadurch in ihrer Geltung bestätigt hat. Es geht dabei nicht wie sonst bei der Gesetzesauslegung darum, die Anwendung einer Norm zu ermöglichen, indem ihr sachlicher Gehalt klargestellt wird, sondern das Bundesverfassungsgericht verwendet dieses Hilfsmittel zur Beantwortung der Frage, ob überhaupt etwas geregelt werden sollte.³⁾ Die Prüfung erstreckt sich darauf, ob eine Emanation des Gesetzgebers

-
- 1) Maßnahmegesetz, S.176, unter Hinweis auf Siebert (Die Methode der Gesetzesauslegung, S.19 ff.), der am Beispiel des § 34 des Niedersächs. Arbeitsschutzgesetzes für Jugendliche gerade auch die Aufgabe der Interpretation erläutert.
 - 2) In Anbetracht der schier unübersehbaren Literatur zur juristischen Hermeneutik ist es an dieser Stelle nicht möglich, hierüber in extenso Nachweis zu führen. Dies scheint indessen infolge der Einhelligkeit der Meinungen, auf welche Zeidler ebenfalls hinweist (a.a.O.), auch nicht erforderlich, so daß die Nachweise bei einigen Vertretern jeder Richtung genügen mögen:
Obj. Theorie: Baumgarten, Methodenlehre, S.35; Esser, Einführung S.176 ff., insbes. S.181; ders., Studium generale 1954, S.372; Germann, Grundlagen, S.26 f. u. S.30; Sauer, Methodenlehre, S.287 u. 293; C. Schmitt, Gesetz und Urteil, S.5, 9 f. u. insbes. S.60 f.; Thöl, Einleitung S.159; Wach, Handbuch I, S.266; Zweigert, Studium generale 1954, S.380 (381).
Subj. Theorie: Bierling, Prinzipienlehre IV, S.204 f.; Burckhardt, Methode u. System, S.270; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I 1, § 53, S.323 (Ziff. I); W. Jellinek a.a.O., S.162; Nawiasky, Allg. Rechtslehre, S.140 f.; Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S.619
 - 3) So auch Zeidler, Maßnahmegesetz, S.178

vorliegt und setzt stillschweigend voraus, daß ein Normierungs- und Geltungswille auch mittelbar zum Ausdruck gebracht werden kann. Trotz der Bedenken von Sievers¹⁾ soll gegen diese Prämisse nicht einmal angegangen werden; sie wird, wenngleich modifiziert, auch Eingang in den nachfolgenden Lösungsvorschlag finden.²⁾ Stellung zu nehmen ist jedoch dagegen, daß die Rechtsprechung mit dem Hilfsmittel der Gesetzesauslegung nicht nur wie üblich den sachlichen Geltungsrahmen eines Gesetzes abstecken, sondern darüber hinaus befugt sein soll festzustellen, ob überhaupt eine (neue) Regelung getroffen worden ist. Es bedeutet förmlich eine Aushöhlung des Gewaltenteilungsprinzips³⁾, wenn die Gerichte - und insoweit auch das Bundesverfassungsgericht⁴⁾ - eine Aussage darüber treffen sollten, ob der Gesetzgeber gehandelt hat. Ihre Funktion muß sich auf die Absteckung des sachlichen Geltungsbereichs einer Norm, also darauf beschränken, eine von der Legislative getroffene Wertentscheidung oder einen Interessenausgleich in die Wirklichkeit umzusetzen und - eben im Wege der Auslegung - in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der jeweilig vorgetragene Lebenssachverhalt unter das Normsystem zu subsumieren ist, ob die Norm "anwendbar" ist. Die Arbeit des Interpreten setzt erst da ein, wo die Norm Gestalt erlangt hat, und es ist eine ganz andere Frage, ob ein Legislativakt - konkludent in Form des Änderungsgesetzes - vorgenommen wurde; denn um etwas anderes geht es bei der mittelbaren Bestätigung nicht: Der Gesetzgeber hat die Altnormen am Grundgesetz geprüft und entweder abgeändert oder durch das Negativum der Nichtänderung zu erkennen gegeben, daß er sie unverändert gelten lassen will oder er hat diese Prüfung unterlassen. Ein solches "Bekenntnis des Gesetzgebers zu

1) Er sagt, es gebe "keine Pflicht des Richters, einen gesetzgeberischen Willen zu erforschen, der nicht Gesetz geworden ist"; und man müsse sich bei der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen des Art.100 Abs.1 GG "an das halten können, was im Gesetzblatt steht"; vgl. DRiZ 1957, S.78 (79)

2) Vgl. unten 3. Abschnitt A

3) Art.20 Abs.2 Satz 2 GG

4) Zum besonderen Status des BVerfG vgl. den Bericht in JböR NF 6, S.109 (121 ff.) gegenüber C. Schmitt, AöR 55, S.161 (186 ff., 194 ff.); ders. in Festschrift für das RG, Bd.1, S.163; ders. Hüter der Verfassung, S.36 ff., S.45.

einer vorgefundenen Rechtsnorm¹⁾ hat jedoch mit der "Kongruenz von Norm und Normobjekt" ebensowenig gemein wie die "Gesinnung des Gesetzgebers", die nach Zeidler²⁾ für den Maßnahmecharakter eines Gesetzes relevant wäre. Auf die Parallelität der Problematik weist auch Zeidler hin³⁾; beidesmal ist das "Was" der gesetzlichen Regelung nicht entscheidend, sondern dort das "Wie"⁴⁾, im vorliegenden Falle das "Ob". Wenn aber dem "Was", dem sachlichen Umfang des Regelungswillens, bei der Beantwortung der hier gestellten Frage keinerlei Relevanz zukommt, so ist es ein methodischer Fehlgrieff, die Auslegungsgrundsätze zur Anwendung zu bringen.⁵⁾

Immerhin ist das Bekenntnis des Gesetzgebers zu vor-konstitutionellen Normen ein Problem des gesetzgeberischen Willens und man könnte deshalb geneigt sein, dennoch auf die Materialien und die Entstehungsgeschichte des Änderungsgesetzes zurückzugreifen⁶⁾, wobei es sich allerdings um keine Gesetzesauslegung handeln könnte, sondern um eine Art Rechtsquellenforschung, bei der es nur darum ginge, Anhaltspunkte für einen Bestätigungswillen bezüglich der unveränderten Normen zu finden. Die Bedeutung der Materialien erschöpft sich sicherlich nicht in ihrer Verwendung zu interpretatorischen Zwecken, so daß der Vorwurf einer Umgehung eigens dargelegter methodologischer Bedenken kaum zu gewärtigen wäre. Ein solcher Rekurs wird jedoch aus den früher dargelegten Gründen⁷⁾ der Mehrdeutigkeit der Materialien (Unzuverlässigkeit von Debatten und Ausschußniederschriften) nicht zum Ziele führen.

1) Zeidler, Maßnahmegesetz, S.178

2) A.a.O., S.176

3) A.a.O. Sachlich geht es dort um die Charakterisierung des Straffreiheitsgesetzes 1954 (Platow-Amnestie) als "klassisches" oder Maßnahmegesetz.

4) Nämlich "wie" der Gesetzgeber regeln wollte, ob auch gerecht oder nur zweckmäßig", vgl. a.a.O.

5) Hieraus erklären sich, wie schon damals angedeutet, die ganzen Schwierigkeiten um den engen Sachzusammenhang, vgl. oben S.79 ff.

6) So wohl Zeidler a.a.O., S.178

7) Vgl. oben S.66 ff.

3. Abschnitt: Lösungsversuch

Die gesetzgeberische Verantwortungs- übernahme für sämtliche Altnormen

=====

A. Objektive Betrachtung der Gesetzesänderung

I. Die Methodik der Lösung

Im vorangehenden Abschnitt wurde dargelegt, daß mit dem Hilfsmittel der Gesetzesauslegung dem Problem der mittelbaren Bestätigung nicht beizukommen ist, wobei die Kasuistik und der Mangel an Überzeugungskraft der Einzelergebnisse mit einem methodischen Fehlgriff des Bundesverfassungsgerichts erklärt wurde. Es kann deshalb auch nicht darauf ankommen, ob das Änderungsgesetz oder die unveränderten Normen des vorkonstitutionellen Gesetzes interpretiert werden.¹⁾ Wenn aber die Gesetzesinterpretation zur Abgrenzung zwischen bestätigten und nicht bestätigten Altnormen auszuschneiden hat, so muß, wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht überhaupt die Unterscheidung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht trifft, nach einem Weg gesucht werden, der eine dogmatisch haltbare und zugleich praktikable Abgrenzung erlaubt. Da das Bundesverfassungsgericht offensichtlich nicht gewillt ist, von der einmal vorgenommenen Zweiteilung des geltenden Rechts abzurücken²⁾, wird das Bedürfnis nach einer klaren Grenzziehung umso intensiver, je mehr das überkommene Recht vom Bundesgesetzgeber im Laufe der Zeit geändert wird.

Unter Abkehr von der Methode des Bundesverfassungsgerichts soll im folgenden Teil versucht werden, vom Blickwinkel des gesetzgebungstechnischen Phänomens der Gesetzesänderung im Zusammenhang mit der Finalität des Legislativaktes eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis des nachkonstitutionellen Gesetzgebers zu den vorgefundenen unveränderten Normen zu finden. Es soll also nicht mehr der

- 1) Hierauf weist auch Schürmann, BB 1960, S.493 (495) hin; allerdings führt seine Auffassung, es werde Art.100 GG ausgelegt, nicht weiter, da sich aus Art.100 GG nicht einmal die Unterscheidung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht herleiten läßt - vgl. oben S.11 ff.
- 2) Es sei hier nochmals auf die demokratisch-verfassungsrechtlichen Bedenken Arndts, JZ 1961, S.289, verwiesen.

sachliche Regelungswille des Gesetzgebers betrachtet werden¹⁾, sondern das Änderungsgesetz in seiner Gesamtheit, wobei gefragt wird, welchem Zweck eine solche Modifizierung dient und ob in diesem Vorgang selbst etwa eine Aussage hinsichtlich der Bestätigung von Altnormen zu sehen ist.

Die vorangehende Untersuchung hat aber nicht nur gezeigt, daß das Problem der gesetzgeberischen Bestätigung von Altnormen nicht im Wege der Gesetzesauslegung zu lösen ist, sondern sie legte damit zugleich die Unbrauchbarkeit und Unzuverlässigkeit des (subjektiven) gesetzgeberischen Willens dar. Um diesen Schwierigkeiten zu entgehen, soll hier lediglich auf das Änderungsgesetz als objektivierten Wollensinhalt abgestellt werden. Die Fragestellung lautet sonach dahin, welche Bedeutung dem Änderungsgesetz in seiner Gesamtheit vom Standpunkt der Normadressaten aus zukommt, wie die Äußerung des Gesetzgebers verstanden wird und welche Zwecke und Motivationen dem Gesetzgeber vernünftigerweise einfach unterstellt werden müssen, wenn anders er sich widersprüchlich und damit verfassungswidrig verhalten würde.

Im übrigen geht der Lösungsvorschlag von der Überzeugung aus, daß die rein objektive Betrachtung der gesetzgeberischen Änderung und insbesondere die aus ihr zu ziehenden Folgerungen für die mittelbare Bestätigung von vorkonstitutionellen Gesetzen sich nicht bis ins letzte dogmatisch absichern lassen. Es kann sich deshalb nur darum handeln, einige Gesichtspunkte zu zeigen, wie dem Problem der mittelbaren Bestätigung auf eine Art beizukommen wäre, die zugleich die Gewähr für praktikable Ergebnisse bietet.

1) Daß er für die vorliegende Problematik irrelevant ist, ist wohl auch die Ansicht Schürmanns (a.a.O.).

II. Die Zurechenbarkeit der geänderten vorkonstitutionellen Gesetze

1. Allgemein: Die Gesetzesänderung als Mittel der Gesetzgebungstechnik

Sucht man nach den Gründen für Gesetzesänderungen, so bietet sich ein mannigfaltiges Bild: Sei es, daß auf Grund einer Veränderung der Lebenssachverhalte - beispielsweise durch Neuerungen auf dem Gebiete der Technik oder durch soziologische Verschiebungen - eine Anpassung erforderlich erscheint, sei es, daß eine Wertentscheidung revidiert oder ein Interessenausgleich in der alten Form nicht mehr gerecht erscheint und deshalb umgestaltet werden muß. Immer wird sich der Gesetzgeber vor der Aufgabe sehen, Neues in die Rechtsordnung einzugliedern, sowohl auf der Tatbestands- wie auch auf der Rechtsfolgeseite¹⁾ von Gesetzen.

Nun erheischt aber nicht jede Neuerung die vollständige Neufassung des gesamten Gesetzes; vieles kann beibehalten werden, weil es sich bewährt hat, manches bleibt unverändert, weil eine noch nicht abgeschlossene Entwicklung die sofortige Umgestaltung unzweckmässig erscheinen läßt. Nur die jeweils zu ändernden Normen durchlaufen deshalb - in ihrer zukünftigen Gestalt - das förmliche Gesetzgebungsverfahren.²⁾ Sie allein werden von den zuständigen Legislativorganen neu beschlossen und vom Bundespräsidenten verkündet.³⁾ Der Gesetzgeber macht sich also nicht die Mühe, den gesamten Normenkomplex durch das Gesetzgebungsverfahren laufen zu lassen, was für ihn eine nicht unerhebliche Arbeitserleichterung bedeutet. Auf der anderen Seite wäre ein solcher - für die bestehenbleibenden Normen zusätzlicher - Beschluß auch unnötig und ohne erkennbaren Sinn. Seine Bedeutung würde sich in einer bloßen Wiederholung dessen erschöpfen, was ohnehin geltendes Recht ist. Bei dem an Art.123 Abs.1 GG gescheiterten vorkonstitutionellen Recht wäre der Neuerlaß nicht geeignet, die Nichtigkeitsfolge auszuschließen. Davon abgesehen ist auch vom rein Praktischen her zu berücksichtigen, daß die amtlichen Gesetzblätter einen untragbaren Umfang annehmen würden, wenn bei jeder Teiländerung das ganze Gesetz abgedruckt werden müßte.

1) Zu diesen beiden Begriffen vgl. Engisch, S.18

2) Art.76 ff. GG

3) Art.82 GG

Diese Teiländerungen durch selbständigen Legislativakt sollten aber nicht dazu verführen, das Änderungsgesetz abstrakt und unabhängig von dem zu variiierenden Gesamtnormenkomplex zu betrachten. Man muß sich vielmehr die Grundtatsache vor Augen halten, daß das Änderungsgesetz seiner Bestimmung nach lediglich das ursprüngliche Gesetz in Einzelpunkten ergänzen soll, um dessen Wirklichkeitsnähe zu perpetuieren. Das "geänderte" Gesetz in toto soll den neuen Verhältnissen angepaßt werden, und das Änderungsgesetz ist nur Mittel zum Zweck, dem darüber hinaus keine selbständige Bedeutung zukommt.¹⁾ Der Wille des (Änderungs-) Gesetzgebers muß also dahin verstanden werden, die modifizierten Vorschriften dem Normenkomplex zu inkorporieren, denn der ganze Vorgang ist speziell darauf ausgerichtet, das Gesetz als Ganzes anwendbar zu erhalten. So wohnt denn auch dem Änderungsgesetz allein selten ein konkretisierbarer Normbefehl inne; er bedarf vielmehr, um realisierbar zu sein, der sachlichen Ausfüllung und Sinngebung durch den unveränderten Teil.²⁾ Nur das vollständige Gesetz, bestehend aus geändertem und altem Teil, wendet sich an den Staatsbürger, und nur in dieser umfassenden Form ist es im allgemeinen im Rechtsleben der Gemeinschaft anwendbar.

Es sind also ganz allgemein bei jedem Änderungsgesetz zwei Kriterien festzustellen: ein Perpetuierungs- und ein Inkorporierungsmoment, und es muß geprüft werden, welche Folgerungen hieraus für die geänderten vorkonstitutionellen Gesetze zu ziehen sind.

2. Die Gesetzesänderung als mittelbare Bestätigung der unveränderten Altnormen.

Die soeben dargelegten Gesichtspunkte eines Perpetuierungs- und eines Inkorporierungsmomentes können unschwer auf die Änderung vorkonstitutioneller Gesetze übertragen werden. Auch hier knüpft der Gesetzgeber an bereits vorhan-

- 1) Dies drückt sich meist schon in der Überschrift des Änderungsgesetzes ("Gesetz zur Änderung des ...-Gesetzes") aus, oft auch besonders deutlich in der Einleitungsformel ("Das ...-Gesetz wird wie folgt geändert ...").
- 2) Von dem Ausnahmefall, daß der überwiegende Teil eines Gesetzes neu gefaßt wird und etwa nur noch Normen sekundärer Bedeutung bestehen bleiben, soll hier abgesehen werden.

denes an und bezweckt mit der Änderung die Vervollständigung und Aktualisierung des jeweiligen vorkonstitutionellen Gesetzes. Jedenfalls muß der in der Änderung zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers so verstanden werden, daß mit Hilfe des neuen Teiles eine Gesamtkodifikation der betreffenden Rechtsmaterie zur Verfügung gestellt werden sollte, und daß diese in der durch das Änderungsgesetz erhaltenen Form gelten soll. Diese Folgerung muß, wie die Beispiele des Strafgesetzbuchs und der Abgabenordnung zeigen, auch dann gelten, wenn für die Zukunft weitere Änderungen in Aussicht gestellt werden; wenn hier mit Hilfe der Änderungen immer nur die jeweils dringendsten Fragen bereinigt wurden, so konnte dies nur zu dem Zweck geschehen, diese Gesetze im ganzen anwendbar zu erhalten.

An dieser Stelle kann auf Überlegungen verwiesen werden, die erstmals Sievers¹⁾ in die Debatte eingeführt hat. Er erblickt im Änderungsgesetz einen "Willensentscheid des Gesetzgebers in der Richtung ..., daß er das geänderte Rechtsgebiet insgesamt als geltendes Recht betrachtet"²⁾; es müsse und dürfe "unterstellt werden, daß ein Gesetzgeber, der ein Gesetz ändert, es grundsätzlich in der geänderten Fassung als Ganzes gelten lassen will".³⁾ Der Gesetzgeber mache sich nämlich durch die Einfügung der neuen Bestimmungen, die bewußt in einen vorgegebenen Sachzusammenhang hineingestellt werden, auch die überkommenen unveränderten Normen zu eigen⁴⁾ und gebedamit "gleichzeitig zu erkennen, daß er eine weitergehende Änderung nicht für erforderlich hält".⁵⁾ Obgleich im Ergebnis die Ansicht von Sievers mit der hier vertretenen übereinstimmt, soll seine These von der "Zueignung" vorkonstitutioneller Gesetze im Wege der Änderung nicht ganz übernommen werden. Zueignung und Geltungswille, auf die Sievers abstellt, sind zu sehr im Sinne einer subjektiven Auslegung gefärbt, als daß sie

1) DRiZ 1957, S.78 (79 unter Ziff. VI)

2) Sievers, ebenda

3) Ebenda; eine ähnliche Argumentation verwendet Paulick, FamRZ 1956, S.47 (49) für Fälle von Neubekanntmachungen.

4) Sievers a.a.O., S.78 u. 80

5) A.a.O., S.79; ähnlich Bosch, FamRZ 1957, S.189 (190)

in jedem Falle geeignet erscheinen, zu einem klaren Ergebnis führen zu können.¹⁾ Zugestimmt wird dagegen Sievers insoweit, als dem Gesetzgeber ein Geltungswille, der sich auf die Gesamtregelung bezieht, einfach unterstellt werden muß. Geht man nämlich von der Funktion der Gesamtrechtsordnung aus, so wird der Gesetzgeber seiner Aufgabe nur dann gerecht, wenn er die einzelnen Lebensgebiete einheitlich und umfassend normiert, und es wäre nicht sinnvoll anzunehmen, die Einverleibung der Änderungsvorschriften in einen vorgegebenen Rahmen sei ohne Ansehung der Gesamtregelung oder nur im Hinblick auf eine eng begrenzte Sachbezüglichkeit erfolgt. Würde eine solche Beschränkung auf die akute Einzelfrage dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, so müßte man erwarten, daß er die Möglichkeit ergreifen würde, ein besonders, von allen vorhandenen unabhängiges Gesetz zu erlassen.²⁾ Tut er dies nicht, sondern baut seinen Normbefehl in einen bestehenden Rahmen ein, so kann dies nicht anders als dahin verstanden werden, daß damit auch der Bestand des Rahmens bejaht wird, daß die Gesamtregelung - zumindest vorerst - in dieser neuen Fassung gelten soll und auch für verfassungskonform gehalten wird. Der Gesetzgeber würde seiner Ordnungsfunktion sicher nicht gerecht, wenn er anläßlich jeder Teiländerung die Gültigkeit des unveränderten Teiles mit einem Fragezeichen versehen könnte. Nach geltendem Recht stehen ihm vielmehr nur zwei Möglichkeiten zu, wie ersich äußern kann: entweder durch positiven Rechtssetzungsakt oder negativ im Wege der Außerkraftsetzung einer Norm. Auch hinsichtlich des vorkonstitutionellen Rechts können insoweit keine Besonderheiten gelten. Ihm haftet zwar zunächst der Vorbehalt des Art.123 Abs.1 GG an, jedoch nur so lange, bis sich der neue Gesetzgeber mit ihnen beschäftigt. In diesem Falle hat er, wie noch nachzuweisen sein wird,³⁾

- 1) Man denke etwa an einen positivrechtlichen Ausschluß der Bestätigungswirkung ("Vorstehende Änderung gilt nicht als Bestätigung des unveränderten Gesetzesteiles").
- 2) Woraus sich freilich die hier nicht näher zu verfolgende Frage ergeben würde, ob der Gesetzgeber seiner Ordnungsfunktion noch gerecht wird, wenn er etwa auf die Dauer einem solchen Dezisionismus huldigen würde.
- 3) Vgl. unten Ziff. III

aus Gründen der Rechtssicherheit die Pflicht, verfassungswidrige Normen aufzuheben. Soweit er deshalb anlässlich der Teiländerung eines alten Gesetzes dieses unverändert beibehält, muß er sich diesen unveränderten Teil zurechnen lassen. Der Gesetzgeber würde sich widersprüchlich verhalten, wollte er sich einerseits die Arbeitserleichterung, die ihm der vorhandene Normbestand bietet, zunutze machen, andererseits aber die Verantwortung scheuen und diese über Art.123 Abs.1 GG dem Verfassungsgeber zuschieben.¹⁾ Ein solches verfassungswidriges Verhalten wird man dem Gesetzgeber nicht unterstellen können, so daß er sich im Hinblick auf die früher beschriebenen Momente der Inkorporierung und Perpetuierung einfach so behandeln lassen muß, als stelle er sich mit jeder Teiländerung positiv zum gesamten unveränderten Teil eines vorkonstitutionellen Gesetzes.

Begreift man so das Problem der mittelbaren Bestätigung von Altnormen rein objektiv als Frage der Zurechenbarkeit des vorgefundenen Normbestandes, so ergeben sich hierfür im einzelnen folgende Gesichtspunkte:

a) Inkorporierungs- und Perpetuierungsmoment sind besonders deutlich am Beispiel der Neubekanntmachungen durch die Exekutive erkennbar.²⁾ Die Ermächtigung an den zuständigen Fachminister, den (Gesamt-)Wortlaut eines geänderten Gesetzes "mit neuem Datum, unter neuer Überschrift und in neuer Paragraphenfolge bekanntzumachen und dabei Unstimmigkeiten des Wortlautes zu beseitigen",³⁾ kann nur dahin gedeutet werden, daß der Gesetzgeber auf diesem Wege den Normadressaten eine Gesamtkodifikation zur Verfügung stellen will.⁴⁾ Ermächtigung und Exekutivakt haben den Sinn, die derzeit geltende Fassung eines Gesetzes amtlich klarzustellen; sie sollen den Betroffenen vor der Nachforschung bewahren, welche Vorschriften zwischenzeitlich überholt und deshalb zu eliminieren sind. Diese Zusammenstellung und

1) Abgesehen davon wollte der Verfassungsgeber mit Art.123 Abs.1 GG eine Übergangsregelung treffen und den Gesetzgeber nur für eine begrenzte Zeit von dem Erfordernis der Verwirklichung des Grundrechtsschutzes freistellen; vgl. dazu auch oben S.23.

2) Vgl. oben S.63 f.

3) So z.B. § 1 Ziff. 20 Abs.3 EStÄndG 1951 (BGBl I, S.411)

4) Ähnlich Paulick, FamRZ 1956, S.47 (49)

Sichtung übernimmt der Gesetzgeber¹⁾ zu dem Zweck, um jeden Zweifel darüber auszuräumen, was in Zukunft Rechtens sein soll. Damit gibt aber der Gesetzgeber zu erkennen, daß er auch die unveränderten Normen als weitergeltendes Recht betrachtet.²⁾ Er befürwortet in diesen Fällen expressis verbis die Verschmelzung von alten und neuen Teilen zu einem einheitlichen Ganzen, und hierin ist die Dienstbarmachung und Bestätigung der vorkonstitutionellen Normen zu sehen.

Änderungsgesetze ohne Neubekanntmachungsermächtigung unterscheiden sich nicht wesensmäßig von solchen, die eine Ermächtigung enthalten. Während das Inkorporierungsmoment im letzteren Falle ausdrücklich angesprochen wird, begleitet es die andere Variante konkludent und außerhalb eines formell-amtlichen Gewandes. Die Gründe für die ausdrückliche Anregung zur Schaffung einer zusammenstellenden Gebrauchsfassung dürften allein im Umfang der Änderungen sowie im Grade der Unstimmigkeiten des Wortlautes zu suchen sein, also in gesetzestechnischen Schwierigkeiten, die der Laie von sich aus zu überwinden im allgemeinen nicht in der Lage sein wird.³⁾ In einfach gelagerten Fällen von Änderungen wird es dagegen der Rechtspraxis anheimgegeben, diese Einordnung vorzunehmen.

b) Für die Übernahme der Verantwortung des Gesetzgebers hinsichtlich des gesamten geänderten Gesetzes spricht auch ein Gesichtspunkt aus dem Bereich der Rechtswirklichkeit. Man wird nämlich annehmen können, daß ein vorkonstitutionelles und überhaupt jedes Gesetz durch die Änderung eine Aufwertung im Rechtsbewußtsein der Staatsbürger erfährt. Die Tatsache, daß sich der Gesetzgeber damit be-

1) Bzw. der von ihm gem. Art. 80 GG bestimmte Delegatar.

2) Insoweit verdient der Beschl.d. BVerfG v. 25.Juli 1962 (NJW 1962, S.1563, 1564) volle Zustimmung, wenn dort gesagt wird, Neubekanntmachungen seien "kein konstitutiver gesetzgeberischer Akt", sie dienten vielmehr "nur der deklaratorischen Klarstellung des Gesetzestextes". Die Konstitutivwirkung haftet nämlich bereits der Ermächtigung an. A.A. neuerdings Müller, DVBl 1962, S.841 (842), der weder in der Ermächtigung noch in der ministeriellen Neufassung eine Bestätigung der vorkonstitutionellen Normen erblickt.

3) Einen bedeutsamen Ansatz zur Anerkennung der Bestätigungswirkung einer Neubekanntmachung bildet der Beschl. v. 10. Oktober 1961 (BVerfGE 13, S.153, 158); vgl. oben S.87.

schäftigt, rückt das Gesetz in den Blickpunkt der Öffentlichkeit, und für den Laien ergibt sich aus dieser "Änderung" zumindest fürs erste die Vermutung, daß das Gesetz auch im übrigen besteht und von den Legislativorganen als bestehend betrachtet wird. Es wird noch zu zeigen sein, daß sich diese Vermutung auch hinreichend dogmatisch begründen läßt.¹⁾

c) Für die umfassende Bestätigungswirkung einer Gesetzesänderung läßt sich weiterhin die Bindung der Legislative an die verfassungsmäßige Ordnung²⁾ anführen. Der Gesetzgeber ist nach dem Grundgesetz gehalten, kein verfassungswidriges Recht zu setzen. Dem korrespondiert aber die Pflicht, bei Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit einer Norm diese aufzuheben bzw. den grundrechtlichen Garantien anzugleichen.³⁾ Dagegen kann nicht eingewendet werden, es sei nicht Aufgabe der Legislative, sondern der Rechtsprechung, festzustellen, welche Normen verfassungskonform sind.⁴⁾ Eine solche Argumentation mag im Hinblick auf Art.123 Abs.1 GG allenfalls dort angehen, wo es sich um einen vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber noch in keiner Weise modifizierten Normenkomplex handelt. Wie bereits oben angedeutet wurde, ändert sich die Sachlage jedoch von Grund auf, wenn ein überkommener Normenbestand den neuen Ordnungsvorhaben dienstbar gemacht wird. Der Gesetzgeber kann in diesem Falle die Verfassungsmäßigkeit des verwendeten Gesetzes nicht dahingestellt sein lassen; denn immer dann, wenn der Grundrechtsschutz oder sonstige verfassungsrechtliche Garantien berührt werden, steht ihm keine Handlungsfreiheit zu, sondern er ist verpflichtet, seine Akte streng nach dem Grundgesetz zu orientieren. Diese Bindung an die Verfassung bedeutet für die Änderung vorkonstitutioneller Gesetze, daß er die Normadressaten nicht im Unklaren darüber lassen darf,

1) Vgl. unten Ziff. IV

2) Art.20 Abs.3 GG

3) Ebenso Hild. Krüger, Krüger-Breetzke-Nowack, S.109 und Tischbein, NJW 1955, S.1179 (1180); a.A. Rümelin, ZfZ 1959, S.329 (331) und Thomas, DVBl 1959, 203.

4) So etwa Rümelin und Thomas, ebenda.

was Rechtens sein soll. Der Nachweis, daß insoweit kein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum besteht, wird im einzelnen noch geführt werden.¹⁾

d) Nun kann es allerdings für die Beurteilung der Bestätigungswirkung eines Änderungsgesetzes nicht darauf ankommen, den Nachweis zu führen, daß sich der Gesetzgeber dieser eben beschriebenen Änderungspflicht bewusst gewesen ist. Der subjektive gesetzgeberische Wille soll gerade außer Betracht bleiben, und mit Recht hat auch Hildegard Krüger darauf hingewiesen, daß es keinen Unterschied mache, "ob der nachkonstitutionelle Gesetzgeber hinsichtlich der nicht abgeänderten Bestimmungen überhaupt nicht dachte oder unterstellte, daß sie dem Grundgesetz entsprechen oder sie bewußt als grundgesetzmäßige Normen in seinen Willen aufnahm oder schließlich sie zwar für grundgesetzwidrig ansah, aber trotzdem nicht änderte ...".²⁾ Auch beim Erlass eines vollständig neuen Gesetzes kommt es nicht darauf an, ob sich die Legislativorgane über die Verfassungsmäßigkeit ihres Werkes Gedanken gemacht haben oder nicht, sondern man kann im Hinblick auf Art.1 Abs.1 und Art.20 Abs.3 GG unterstellen, daß der demokratisch-rechtsstaatliche Gesetzgeber nicht bewußt gegen das Grundgesetz verstoßen wollte; für seine Akte spricht die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit.³⁾ Auf das Problem der Gesetzesänderung übertragen bedeutet dies, daß sich der Gesetzgeber so behandeln lassen muß, als habe er auf Grund seiner Änderungspflicht das vorkonstitutionelle Gesetz insoweit geändert, als es dem Grundgesetz widerspricht.

Für die Zurechenbarkeit des unveränderten Teiles eines vorkonstitutionellen Gesetzes spricht in diesem Zusammenhang noch ein weiterer Gesichtspunkt. Der Rechtsschein⁴⁾ der Gültigkeit, der den Emanationen des neuen Gesetzgebers, also

1) Vgl. unten Ziff. III

2) In Krüger-Breetzke-Nowack S.108 f.

3) Dazu unten Ziff.IV.

4) Daß der "Rechtsschein" rein sprachlich den bloßen Schein des Rechts, also gerade den (falschen) Anschein bezeichnet, darauf weist Arndt, NJW 1959, S.2145 an sich mit Recht hin. Der Begriff wird jedoch hier im Sinne des - nicht theoretischen, wohl aber praktischen - Offenseins der Frage gebraucht, ob es sich um wirkliches Recht oder nur um dessen Anschein handelt.

hier den tatsächlich geänderten Normen eines vorkonstitutionellen Gesetzes anhaftet, strahlt auch auf den unveränderten Teil des alten Gesetzes aus. Berücksichtigt man nämlich, daß "Rechtsnormen nicht nur deswegen gelten, weil sie zu einem bestimmten Zeitpunkt gesetzt, sondern auch deswegen, weil sie danach nicht aufgehoben oder geändert wurden"¹⁾, so haben auch vorkonstitutionelle Gesetze allein durch die Tatsache ihrer formellen Existenz einen gewissen Rechtsschein der Gültigkeit für sich. Dessen Bedeutung wird zwar, bevor sich der nachkonstitutionelle Gesetzgeber mit einem solchen Gesetz beschäftigt hat, durch den Vorbehalt des Art.123 Abs.1 GG erheblich eingeschränkt. Nimmt aber der Gesetzgeber an einem vorkonstitutionellen Gesetz gewisse Änderungen vor, so verstärkt sich dadurch, seine Änderungspflicht bei Verfassungswidrigkeit vorausgesetzt, auch der Rechtsschein der Gültigkeit der unveränderten Altenormen. Auch in dieser Intensivierung des Rechtsscheins der Gültigkeit kann deshalb die Verantwortungsübernahme²⁾ des nachkonstitutionellen Gesetzgebers gesehen werden, die eine Verwerfungscompetenz des Bundesverfassungsgerichts für das geänderte Gesetz in seiner Gesamtheit rechtfertigt.

Da der Lösungsvorschlag sich entscheidend auf die Änderungspflicht des Gesetzgebers und auf die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischen Handelns stützt, muß dies noch im einzelnen näher begründet werden, um damit von vornherein den beiden denkbaren Einwänden gegen den Lösungsvorschlag zu begegnen: Man könnte ihm einmal

- 1) So Klein, DÖV 1957, S.567 (572); ders. FinArch 1957/58, S.236 (249); vgl. hier auch die von W. Weber propagierte Geltung eines Gesetzes kraft "ratifizierender Staatspraxis", DÖV 1957, S.33 (34 f.) und dagegen Ule in seiner Anm. zum Beschl. d. BVerwG v. 4. Juli 1956, DVBl 1957, S.177 f. Zu den Geltungsproblemen allgemein Wehrhahn, VVDStRL Heft 15 (1957), S.34 (52 ff.)
- 2) Dabei wird nicht verkannt, daß dem Begriff des Verantwortenmüssens ursprünglich die zivilistische Vorstellung einer Haftung für schuldhaftes Tun oder Unterlassen anhaftet (so Herholz, DÖV 1959, S.375). Daß auch der Vorwerfbarkeitstheorie die Kategorien von Schuld und Haftung fernliegen, sollte indessen nicht bezweifelt werden; mit dem Vorwurf der Verfassungsverletzung (BVerfGE 2, S.131) und der Verantwortung des Gesetzgebers kann deswegen nur eine objektiv-urhebermäßige Zurechnung gemeint sein.

entgegenhalten, der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum reiche so weit, daß der Gesetzgeber auch bei Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung diese nicht ändern oder formell aufheben muß, zum ändern ist der Vorhalt zu gewärtigen, es spreche keine Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischen Handelns; auch nachkonstitutionelle Gesetze trügen keinen Rechtsschein der Gültigkeit, umso weniger sei dies bei "bestätigten" nachkonstitutionellen Gesetzen der Fall. Es soll deshalb im folgenden versucht werden, den Lösungsvorschlag gegenüber diesen Einwänden dogmatisch abzusichern.

III. Kein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

1. Präzisierung des Begriffs

Mit der Verwendung des Begriffes "Gestaltungsspielraum" als Bezeichnung für eine bestimmte Handlungsfreiheit des Gesetzgebers soll zunächst gegen den Ausdruck "gesetzgeberisches Ermessen", der sich in Rechtsprechung und Schrifttum eingebürgert hat, Stellung bezogen werden. Insbesondere das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt des Ermessensbegriffes in verschiedenen Varianten bedient, so u. a.: das "freie Ermessen des Gesetzgebers"¹⁾, das "Ermessen des Gesetzgebers"²⁾, ein "weiter Ermessensspielraum"³⁾, ein "weiter Spielraum für die Betätigung seines Ermessens"⁴⁾, ein "weiter Bereich des Ermessens"⁵⁾ und das "gesetzgeberische Ermessen"⁶⁾. Die Berechtigung des Ermessensbegriffes im Bereich gesetzgeberischen Handelns muß als zweifelhaft bezeichnet werden.

1) Urt. v. 23. Oktober 1951, BVerfGE 1, S.14 (32) u.

Urt. v. 16. März 1955, BVerfGE 4, S.144 (155)

2) Beschl. v. 7. Mai 1953, BVerfGE 2, S.266 (280) und Beschl. v. 17. Januar 1957, BVerfGE 6, S.55 (Leits.4 u. S.71)

3) Urt. v. 1. August 1953, BVerfGE 3, S.19 (24) u. Urt. v. 20. Juli 1954, BVerfGE 4, S.7 (18)

4) Urt. v. 17. Dezember 1953, BVerfGE 3, S.58 (135)

5) Urt. v. 17. Dezember 1953, BVerfGE 3, S.162 (182)

6) Beschl. v. 11. Juni 1958, BVerfGE 8, S.1 (19)

Die Lehre von der Betätigung eines Ermessens hat ihren festen Platz in der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre, ist also zumindest historisch gesehen ein Charakteristikum des Verwaltungshandelns. Diese - in gewissen Grenzen - der zweiten Gewalt jeweils im Gesetz zuerkannte Handlungs- und Entscheidungsfreiheit wurzelt in der Erkenntnis, daß die buntscheckigen Lebenssituationen ins letzte nicht voraussehbar und legislativ nur grob typisierend und schematisierend erfaßbar sind. Der Gesetzgeber begnügt sich deshalb oft damit, Grundsatzregelungen zu treffen und eröffnet den ausführenden Behörden die Möglichkeit, in atypischen Fällen Ausnahmen zu machen, oder er gestaltet sein Regulativ von vornherein nur als Sollvorschrift aus. In solchen und ähnlichen Fällen wird den Verwaltungsorganen ein Ermessensspielraum darüber eingeräumt, wie sie der Gerechtigkeit Geltung verschaffen wollen.¹⁾ Ermessen kann somit nach Forsthoff als "wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung"²⁾ bezeichnet werden oder, wie es ähnlich Lerche³⁾ umschreibt, als "das rechtlich begründete Vermögen eines Hoheitsträgers, bei Ausübung hoheitlicher Befugnisse zwischen mehreren Verhaltensweisen oder zwischen mehreren Beurteilungen eines Tatbestandes nach eigenem Abwägen zu wählen". Das Wesen der Ermessensentscheidung besteht somit nach der oft zitierten, geradezu klassisch zu nennenden Formulierung Ules⁴⁾ "in der Freiheit von rechtlicher Gebundenheit".⁵⁾ Ihre Rechtfertigung kann diese Freiheit jedoch, wie Hamann⁶⁾ mit Recht darlegt, "nur darin finden, daß sie rechtlich, d.h. vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit gesehen,

1) Dabei wird der Spielraum umso geringer gehalten werden, je eher sich die Norm mit wesentlich konstanten Lebenssachverhalten beschäftigt.

2) Forsthoff, Lehrbuch, S.77; ders., Maßnahmegesetze, S.233 f.

3) In Staatslexikon, Sp.12

4) Ermessen u. unbestimmter Rechtsbegriff, S.11

5) Es ist weder Aufgabe der Arbeit, die Einzelheiten der Ermessenslehre, insbes. den Streit um die Abgrenzung zum unbestimmten Rechtsbegriff darzulegen, noch ist es möglich, die einschlägige Literatur auch nur annähernd anzuführen. Es soll deshalb auf die weiteren Nachweise in den Lehrbüchern von Forsthoff (S.72 ff.) u. Hans J. Wolff (S.114 ff.), sowie vor allem auf die Schriften von Ehmke, Ermessen u. unbestimmter Rechtsbegriff, S.23 ff. und von Jesch, AöR 82, S.163 (204 ff.) Bezug genommen werden.

6) NJW 1955, S.969 (971)

indifferent ist, d. h. sich in einem Raum bewegt, der nicht durch Gebote der Gerechtigkeit ausgefüllt, d. h. nicht durch solche konkret bestimmt ist". "Ermessensentscheidungen können niemals Rechtsfragen, also nicht die Anwendung einer Rechtsnorm, zum Gegenstand haben, sondern nur rechtlich indifferente Wertungen."¹⁾ Ermessen wird von Haus aus nur dort geübt, wo unter rechtlichen Gesichtspunkten sich mehrere gleichwertige Lösungen anbieten und es allein darum geht, die für den konkreten Fall zweckmäßigste auszuwählen. Forsthoff bezeichnet es darum "als das besondere logische Merkmal der Ermessensbetätigung, daß ihr Ergebnis keine normative Geltung hat, sondern nur den konkreten Einzelfall betrifft."²⁾

Wendet man sich nun dem Bereich der Gesetzgebung zu, so ergibt sich ein wesentlich anderes Bild. Es mag angehen, die Gesetzgebung als "Rechtsanwendung höheren Ranges (Verfassungsanwendung)"³⁾ zu bezeichnen, der durch die Verfassung Grenzen gesetzt worden sind.⁴⁾ Es dürfte jedoch nicht richtig sein, allein aus dem Vorhandensein gewisser Schranken abzuleiten, daß der Gesetzgeber hinsichtlich des "Wie" und "Ob" seiner Betätigung "Ermessen" übe.⁵⁾ Die der Gesetzgebung zukommende Freiheit ihrer Entschließung paßt nicht in den verwaltungsrechtlich profilierten Ermessensbegriff. Dies liegt nicht nur daran, daß der Legislative wegen der verfassungsmäßig nur grob skizzierten Richtlinien ein weiterer Spielraum eignet als der Exekutive, die sich an konkret niedergelegten Rechtswerten zu orientieren hat, sondern vornehmlich an einer wesenhaften Verschiedenheit

1) Hamann a.a.O.

2) Lehrbuch S.76; ähnl. Hans J. Wolff, Lehrbuch, S.118: "Die Einräumung von Ermessen berechtigt nur zu selbständigen Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen des Gesetzeszwecks."

3) So Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 117 zu Art.20 GG, ebenso Lerche, Staatslexikon, Sp.14

4) Art.1 Abs.3 u. 20 Abs.3 GG

5) So aber verfahren wohl Maunz-Dürig a.a.O. (Ziff.1 a.E.): "Es muß also gelingen, das Bestehen von Schranken für den Gesetzgeber nachzuweisen"; ähnl. Lerche a.a.O.: "Am besten wird man daher der Problematik des gesetzgeberischen Ermessens von rückwärts beikommen, d.h. aus der Anerkennung stetig begleitender Grenzen gesetzgeberischer Freiheit auf das Vorliegen von gesetzgeberischem Ermessen schließen." Vgl. ders., DVBl 1958, S.524 (528)

der Aufgabenstellung. Während die Verwaltung "im Rahmen einer bereits festliegenden Marschroute"¹⁾ ihre Anordnungen zu treffen hat, obliegt es der Gesetzgebung, jene Marschroute auszuarbeiten, d. h. sie statuiert diejenigen Werte, welche später von der Verwaltung im Einzelfall zu realisieren sind. Die Konstituierung der Rechtswerte besitzt eben eine logische Priorität vor ihrem Vollzuge und unterscheidet sich strukturell von der der Ermessensentscheidung eigentümlichen Zweckmäßigkeitserwägung. Es ist Forsthoff²⁾ zuzustimmen, daß es keine "Frage des Ermessens (ist), ob im Bürgerlichen Gesetzbuch der Vertrag zugunsten Dritter so oder anders geregelt oder bei der Anfechtung von Willenserklärungen der Ersatz des Vertrauensschadens vorgesehen wird". So bestehen also nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Unterschiede zwischen der politischen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers und "dem an den sachlichen Auftrag und Maßstab des Gesetzes gebundenen Ermessen der Verwaltung..."³⁾ Von gesetzgeberischem Ermessen kann allenfalls dort die Rede sein, wo sich eine Norm durch eine überschaubare Mittel-Zweck-Relation auszeichnet⁴⁾; im übrigen aber sollte, wenn die verfassungsrechtliche Bindung der Gesetzgebung⁵⁾ gemeint ist, nicht von einem Ermessen⁶⁾, sondern besser von einem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum gesprochen werden.⁷⁾

Erfreulicherweise scheint die Formel vom "gesetzgeberischen Ermessen" neuerdings auch im Sprachgebrauch des Bundesverfassungsgerichts zurückzutreten. Das 131er-

1) Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S.41

2) Maßnahmegesetze, S.234

3) So Scheuner, Der Bereich der Regierung, S.281; ebenso Fuss, JZ 1959, S.329 (331)

4) Vgl. Forsthoff, Maßnahmegesetze, S.233 f., ebenso Menger, VVDStRL Heft 15, (1957), S.3 (31)

5) Dazu Fuss a.a.O., der zurecht darauf abstellt, daß der Gesetzgeber nicht die Verfassung "vollzieht".

6) Um Mißverständnissen vorzubeugen, wird es sich auch nicht empfehlen, von Ermessen in einem "differenzierenden Sinne" zu sprechen, wie dies Scheuner an einer Stelle vorschlägt (Bereich der Regierung, S.281 f.)

7) Scheuner, DÖV 1960, S.601 (610) spricht von einer "Gestaltungsfreiheit" des Gesetzgebers, womit jedoch dasselbe gemeint sein dürfte, nur daß der Begriff des Gestaltungsspielraums eher die der legislatorischen Tätigkeit vorgegebenen Schranken in Gestalt der verfassungsrechtlichen Richtsätze zum Ausdruck bringt.

Urteil vom 5. März 1958¹⁾ betont nurnmehr den "außerordentlich weiten Raum gesetzgeberischer Freiheit", welchen Art. 131 GG für die Neuordnung der Verhältnisse des dort genannten Personenkreises einräume. Eine ähnliche Diktion verwendet der zweite Senat im Urteil vom 16. Juni 1959²⁾, während der erste Senat in der Entscheidung vom 5. April 1960 sogar ausdrücklich auf die "Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung" abstellt.³⁾

2. Wesen und Inhalt des Gestaltungsspielraumes

Wie der Ermessensbereich der Verwaltung ist auch die Bedeutung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums am ehesten von den ihn umgebenden Schranken her zu fassen. Da in beiden Fällen einer Staatsgewalt ein "gerichtsfreier" Raum zugebilligt wird, innerhalb dessen ihre Akte (verwaltungs- bzw. verfassungsgerichtlich) nicht nachprüfbar sind⁴⁾, besteht die eigentliche Problematik in der Grenzziehung. Während in der Diskussion um die Schranke des Verwaltungsermessens von jeher die Ermessensfehler in besonderem Maße ins Blickfeld gerückt waren, setzen die Untersuchungen zum gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum bei der Aufwertung der Grundrechte ein, welche das Bonner Grundgesetz gebracht hat. Hierzu bedarf es eines kurzen Rückblickes auf die Epoche der Weimarer Verfassung.

a) Mit dem Entstehen der deutschen Länderverfassungen im 19. Jahrhundert beginnt die Entwicklung zur Niederlegung der Grundrechte, die jedoch weniger naturrechtlich verstanden werden denn als "Konzessionen" an die liberalen Strömungen, als "Zugeständnisse des Staates an die Untertanen".⁵⁾ Diesen geschichtlichen Hintergrund konnte sich der Weimarer Positivismus zunutze machen, um die Grundrechte der Disposition des Gesetzgebers zu unterstellen. Grundrechtsschutz "nach Maßgabe der Gesetze"⁶⁾ war der

1) BVerfGE 7, S.305 (315)

2) BVerfGE 9, S.334 (337)

3) BVerfGE 11, S.50 (Leits. 1 u.S.60); zum Begriff vgl. oben S.122, Note 7

4) Vgl. Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 123 zu Art.20 GG

5) Muth, S.657 f.

6) Vgl. Art.128 Abs.1, 151 Abs.3, 152 Abs.1, 154 Abs.1, 127 Abs.1 WRV; vgl. daneben Art.132 u. 134 WRV

positiv-rechtliche Anhaltspunkt für eine "legislatorische Omnipotenz der staatlichen Gesetzgeber"¹⁾, die als Repräsentativorgane des Volkes durch Mehrheitsbeschluß auch die vom Volke selbst in der Verfassung statuierten Garantien außer Kraft setzen konnten. Der Gesetzgeber war grundsätzlich allmächtig und souverän, nach den Worten des Reichsgerichts "selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat".²⁾ Aber auch die Verfassung stand eben "nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben"³⁾; letztere hatte die "Befugnis, den Inhalt der von den Grundrechten umrissenen Freiheiten nach freiem Ermessen einzuschränken"⁴⁾, so daß die Grundrechte nach der damalig herrschenden Auffassung nicht mehr als den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aussprachen.^{5) 6)}

Mit der Renaissance des Naturrechtsdenkens nach dem zweiten Weltkrieg⁷⁾ mußte auch der Bruch mit der Lehre von der Souveränität des Gesetzgebers erfolgen. Das Grundgesetz hat den Gesetzgeber an die vorgegebenen naturrechtlichen Menschenrechte gebunden⁸⁾ und ausdrücklich seine Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung ausgesprochen.⁹⁾ Dabei werden die Grundrechte nicht mehr als staatliche Konzessionen, sondern vielmehr als vorstaatliche Rechte begriffen, in welche auch der Gesetzgeber nur aufgrund besonderen verfassungsrechtlichen Vorbehalts eingreifen darf.¹⁰⁾ Während

- 1) So Thoma, HDSStR 2. Bd., S.138
- 2) RG, Urt. v. 4. November 1927, RGZ 118, S.325 (327); vgl. ferner Urt. v. 4. November 1927, JW 1928, S.102.
- 3) So Anschütz, Kmt. z. WRV, S.401; dazu auch Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S.21 m.w.Nachw.
- 4) Herbert Krüger, Grundgesetz u. Kartellgesetzgebung, S.12
- 5) Herbert Krüger a.a.O. unter Hinweis auf Anschütz, Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, S.97 f. u. Thoma, Festgabe für das Preuß.OVG, S.184 ff.
- 6) Zu der Kritik dieser Theorie, die aus einer Ablehnung des Positivismus heraus erfolgte, vgl. vor allem Laun, S.20 ff., ferner E.v. Hippel, DJZ 1928, Sp.1517 (1518 f.), ders., AöR 57, S.86 (111 ff.) u. M. Rümelin, S.72.
- 7) Vgl. auch oben S.32 ff.
- 8) Art.1 Abs.2 u. 3 GG
- 9) Art.20 Abs.2 GG; so auch Herbert Krüger a.a.O., S.11
- 10) Vgl. etwa Art.2 Abs.2 Satz 2, Art.8 Abs.2, Art.10 Satz 2, Art.11 Abs.2 GG

unter der Weimarer Verfassung die Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet wurden, gilt heute nach dem vielgebrauchten Schlagwort genau das Gegenteil: Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte¹⁾, und Scheuner hat deshalb die Theorie von der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers mit Recht als "hoffnungslos veraltet" bezeichnet²⁾; ihr wurde durch die Aufwertung der Grundrechte endgültig die Grundlage entzogen.³⁾ Die ernsthafte Strenge des Bedeutungswandels dokumentiert eindringlich die Institutsgarantie des Art.19 Abs.2 GG, wonach selbst bei verfassungsrechtlich zugelassener Einschränkung eines Grundrechtes mit der Unantastbarkeit des Wesensgehaltes einer Freiheitsnorm die Macht der Legislative noch einmal beschnitten wird.

b) Will man den dem Gesetzgeber zugesprochenen Gestaltungsspielraum inhaltlich abstecken, so ist davon auszugehen, daß die Verfassung die allgemeine Ordnung nur in grundlegenden Richtsätzen aufzeigt. Dem (einfachen) Gesetzgeber obliegt es, die undetaillierten Grundzüge auszufüllen und zu konkretisieren. Dabei ist es einmal denkbar, daß sich hinsichtlich des zur Erreichung eines konkreten legislatorischen Ordnungszieles einzuschlagenden Weges zwei Lösungsmöglichkeiten anbieten, "die vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit gleichermaßen indifferent sind".⁴⁾ Als Beispiel wird hier meist auf die Frage des Links- oder Rechtsverkehrs auf öffentlichen Straßen verwiesen. Es ist offensichtlich, daß beide Alternativen rechtlich gleichwertig sind und für die Entscheidung bestenfalls Zweckmäßigkeitsüberlegungen erheblich sein können. In solchen Fällen muß es dem Gesetzgeber deshalb freigestellt sein, eine von mehreren Möglichkeiten nach seinem Gutdünken auszuwählen.

1) Für viele Herbert Krüger a.a.O., S.12

2) Reinhardt-Scheuner, S.91, Anm.64

3) So Jerusalem, SJZ 1950, S.1 (5) u. Erdsiek, MDR 1947, S.192 f.; ferner Hamann, NJW 1955, S.969 (970) unter Hinweis auf die Vorbilder in den Länderverfassungen von Bremen (Art.1); Hessen (Art.26) u. Rheinland-Pfalz (Art.1 Abs.4); u. Mallmann, Anm. z. Entsch. d. BadOVA Freiburg v. 18. Juli 1950, DRZ 1950, S.411 (412); ebenso Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 103 zu Art.1 GG.

4) So Hamann, NJW 1955, S.969 (971)

Zum andern werden aber auch immer wieder Regelungen zu treffen sein, bei denen ein Interessenausgleich oder ein Werturteil deshalb nicht eindeutig ist, weil sich entweder im Rechtsfolgeteil zwei verfassungsrechtliche Grundentscheidungen widerstreiten und hier eine Abwägung vorgenommen werden muß, oder weil auf der Tatbestandsseite sowohl Gründe für eine Differenzierung wie auch für eine Gleichstellung sprechen.¹⁾ Insbesondere der letzte Fall hat im Zusammenhang mit der Beachtung des Gleichheitssatzes seitens der Legislative Rechtsprechung und Schrifttum immer wieder beschäftigt.²⁾ Das Bundesverfassungsgericht anerkennt den Gleichheitssatz als "allgemeine Weisung" für den Gesetzgeber, "bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken 'Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden' zu behandeln".³⁾ Das Gericht fügt aber sogleich hinzu, daß auch nach dieser Formel ein weiterer Spielraum bleiben müsse, wenn anders es dem Gesetzgeber gelingen soll, "vielfältiger Lebensverhältnisse durch eine einheitliche und daher notwendig gewisse tatsächliche Verschiedenheiten vernachlässigende Regelung Herr zu werden".⁴⁾ Unter den vielen denkbaren Regelungen, die sich im Rahmen des Gleichheitssatzes halten, die geeignetste auszuwählen, soll der Gesetzgeber frei sein, und das Bundesverfassungsgericht sei nicht dazu berufen, die gewählte Lösung vom Standpunkt einer beteiligten Interessengruppe aus zu prüfen, ob sie die für diese "gerechteste" denkbare Lösung darstelle;

1) Vgl. hierzu Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 118 zu Art. 20 GG

2) Ihren Ausgangspunkt nahm die Kontroverse im Jahre 1924 durch Triepels berühmtes Gutachten über die Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien, wo das Verbot differenzierender Behandlung gleichgelagerter Tatbestände erstmals an die Adresse des Gesetzgebers gerichtet wurde; einschränkend die Schrift von Leibholz (S. 46, 87); vgl. weiter die Erörterungen auf der Staatsrechtslehrerversammlung in München 1926, VVDStKL Heft 3. Aus der Fülle der neueren Literatur zu diesem Problem vgl. v. Mangoldt, Kmt. S. 51, Wernicke, BK Anm. zu Art. 3 Abs. 2, Leibholz, DVBl 1951, S. 193 ff., Maunz, S. 101 f., Hesse, AöR 77, S. 167, jeweils m.w.Nachw.

3) Urt. v. 17. Dezember 1953, BVerfGE 3, S. 58 (135)

4) A.a.O.

es könne vielmehr nur die "Überschreitung gewisser äußerster Grenzen" beanstanden und dem Gesetzgeber erst dann entgegenzutreten, "wenn für eine von ihm angeordnete Differenzierung zwischen verschiedenen Personengruppen sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind."¹⁾ Zweifellos ist auch die Formel von der Verletzung äußerster Grenzen²⁾ nicht imstande, das Problem der Abgrenzung letztlich zu lösen, weil sie, worauf Fuss³⁾ zutreffend hinweist, nur bei völlig sinn- und zwecklosen Differenzierungen zum Ziele führt, wobei es aber gerade die Grenzfälle zu lösen gilt. Für eine abschliessende Behandlung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes bietet die vorliegende Arbeit weder Raum noch Anlaß, sondern es geht hier nur darum, die grundsätzlichen dem Gesetzgeber gezogenen Schranken aufzuzeigen. Dies geht aber bereits aus dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts hervor, der gleichermaßen auch in anderen als den zu Art. 3 GG ergangenen Entscheidungen zum Ausdruck gekommen ist⁴⁾: Der Gesetzgeber muß bei seiner Tätigkeit in jedem Falle den materialen Ordnungsprinzipien der Verfassung gerecht werden. Durch die Zubilligung des Gestaltungsspielraumes übernimmt das Gericht, wie Fuss⁵⁾ mit Recht darlegt, nur die "Argumentationslast" für die Begründung des Verfassungsverstosses. Das Bundesverfassungsgericht "versperrt sich den Weg, eine Norm mit dem schlichten Argument der mangelnden Sachgerechtigkeit zu kassieren"; es "macht es sich dadurch vielmehr zur Pflicht, die gesetzgeberischen Erwägungen bis in die letzten Einzelheiten hin zu verfolgen und seinerseits das Fehlen jeglichen sachlichen Differenzierungsgrundes darzu-

- 1) BVerfG a.a.O., S.135 f; diese Rechtsprechung wird fortgeführt im Urteil v. 17. Dezember 1953, BVerfGE 3, S.162 (182); vgl. daneben auch BVerfGE 2, S.266 (280); 3, S.19 (24 f.); 3, S.288 (337); 3, S.383 (398 f.); 4, S.7 (18); 4, S.144 (155); 7, S.305 (315); 9, S.20 (28); 9, S.201 (206); 9, S.334 (337); ähnlich auch schon die Entscheidung d. Bad. OVA Freiburg v. 18. Juli 1950, DRZ 1950, S.409
- 2) Sie wurde, soweit ersichtlich, erstmals von Kaufmann, VVDStRL Heft 3 (1927), S.2 (19) verwendet; zustimmend Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 118 zu Art.20
- 3) JZ 1959, S.329 (331 unter Ziff. IV 1)
- 4) Vgl. Beschl. v. 7. Mai 1953, BVerfGE 2, S.266 (280); 3, S.383 (398 f.); 6, S.55 (Leits.4 u. S.71, 76); 8, S.1 (19); 11, S.50 (60)
- 5) JZ 1959, S.329 (331 unter Ziff. IV 3)

tun".¹⁾ Auch im Rahmen seines Gestaltungsspielraumes ist also der Gesetzgeber nicht frei von der ihm durch die Art.1 Abs.3 und 20 Abs.3 GG auferlegten Bindung, sondern man konzidiert ihm die Vielfalt der zu regelnden Lebenssachverhalte sowohl als auch den oftmals politischen Charakter seiner Entscheidungen. Je nach der politischen Grundhaltung können nämlich die Auffassungen darüber, was im konkreten Fall gerecht ist, weit voneinander abweichen.²⁾ Sind aber unter bestimmten Aspekten sachliche Gründe für die gesetzgeberische Bewertung einer Materie nachweisbar, so kann das Bundesverfassungsgericht nicht einen andern Gerechtigkeitsmaßstab wählen und die Norm mit dessen Hilfe zu Fall bringen.³⁾ Der Vorsprung des Gesetzgebers vor seinen Kontrollorganen besteht im Grunde darin, daß er sich, wie Fuss⁴⁾ darlegt, in dem von ihm zu setzenden legislatorischen Zweck selbst das Gesetz schafft, unter dem er antritt.

Nach dieser groben Skizzierung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes ist bereits abzuschätzen, daß hieraus keine durchschlagenden Argumente gegen den Lösungsvorschlag hergeleitet werden können. Aus dem eben Gesagten geht hervor, daß der Gestaltungsspielraum dort zugebilligt wird, wo gesetzgeberische Erwägungen und Interessenbewertungen nicht völlig unangemessen oder uneinsichtig, sondern vernünftigerweise nachvollziehbar sind. Damit wird aber stillschweigend davon ausgegangen, daß der Gesetzgeber sich überhaupt etwas dachte, einen bestimmten Maßstab der Sachgerechtigkeit zugrunde legt und diesen auch konsequent durch das ganze Gesetz hindurch verfolgt. Die gesetzgeberischen Freiheiten wären überschritten, wollte sich der Gesetzgeber hinsichtlich des unveränderten Teiles eines alten Gesetzes jeder

1) Fuss a.a.O.; kritisch dazu Hamann, NJW 1955, S.969

2) So auch Apelt, JZ 1951, S.353 (357)

3) So insbes. das Urt. des BVerfG v. 17. Dezember 1953, BVerfGE 3, S.162 (182): "Soweit ... der Gleichheitssatz in Betracht kommt, ist hier nochmals zu betonen, daß dieser Grundsatz dem Bundesverfassungsgericht keine Möglichkeit bietet, ein Gesetz unter dem Gesichtspunkt "allgemeiner Gerechtigkeit" zu prüfen und damit seine Auffassung von Gerechtigkeit derjenigen des Gesetzgebers zu substituieren."

4) JZ 1959, S.329 (331)

Außerung enthalten und die Gültigkeit der nicht geänderten Normen dahingestellt sein lassen. Das Gesetz als Ganzes wäre in sich widersprüchlich und der Gesetzgeber würde seiner Ordnungsfunktion nicht gerecht, wenn die neuen Maßstäbe und Zielsetzungen nur bruchstückweise zum Durchbruch gelangen sollten. Wird ein Rechtsgebiet unter einem bestimmten Gesichtspunkt modifiziert, so schließt das Ergebnis des Änderungsgesetzes zumindest die Aussage ein, daß unter eben diesem Aspekt weitere Änderungen nicht erforderlich erscheinen. Andernfalls wäre festzustellen, daß sich der Gesetzgeber nicht "selbst treugeblieben"¹⁾ ist, was von der Rechtsprechung nachgeprüft werden kann.²⁾

Der zweite denkbare Vorbehalt, mit dem ein Änderungsgesetz versehen sein könnte, wäre der, daß der Gesetzgeber zwar den einen Gedanken konsequent und umfassend durchführt, zugleich indessen auf die Möglichkeit hinweist, daß bei Berücksichtigung eines ~~a n d e r e n~~ verfassungsrechtlichen Grundprinzips das Gesetz in der durch die Änderung erhaltenen Form eventuell nicht aufrechterhalten werden könnte. Der Gesetzgeber würde damit die Anwendbarkeit einer Regelung, mit der er sich soeben noch befaßte und die er als Grundlage seiner Änderung benutzte, selbst in Frage stellen. Diese Folge ist mit dem rechtsstaatlichen Axiom der Rechtssicherheit nicht vereinbar. An der Schwelle der Rechtssicherheit endet aber, wie auch das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit einer vergleichbaren Problematik ausgesprochen hat, die Dispositionsgewalt der Legislativorgane. Darauf wird im folgenden des näheren einzugehen sein.

3. Rechtsstaatliche Grundlegung der Lösung

In einem Verfahren vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof stand Art.56 Abs.3 BayJG³⁾ zur rechtlichen Begutachtung, der unter Bezugnahme auf Art.52 Abs.2 Ziff.8 BayJG⁴⁾ anord-

1) So Fuss in JZ 1959, S.329 (330)

2) Vgl. Fuss a.a.O.

3) Bayerisches Jagdgesetz v. 15. Dezember 1949 (GVBl S.33)

4) § 52 Abs.2 Ziff.8 lautete: "Mit Haft oder Geldstrafe bis zu DM 150,-- wird bestraft, ... 8. wer den auf Grund des Art.28 Abs.2 für die Jagdausübung auf bestimmten Gebieten und Wildparks erlassenen Vorschriften zuwiderhandelt."

nete: "... die Schutzmaßnahmen bleiben aufrechterhalten...", ohne daß im einzelnen zu erkennen gewesen wäre, ob hierdurch eine Strafbestimmung im Interesse der Wildschutzgebiete errichtet werden sollte und welche der - ehemals aufgehobenen - Vorschriften wieder in Kraft treten sollten. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erklärte in seiner Entscheidung vom 8. Juni 1951¹⁾ den Art.56 Abs.3 BayJG für verfassungswidrig und nichtig. Nachdem der Verfassungsgerichtshof festgestellt hat, daß an sich keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestünden, daß der Gesetzgeber außer Kraft getretene Normen wieder in Kraft setzt, fährt er fort: "Auf jeden Fall verlangt aber die Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit, daß es für den Rechtsunterworfenen klar erkennbar ist, welche Vorschriften im einzelnen, insbesondere welche Strafvorschriften gelten sollen, damit er in der Lage ist, sein Verhalten den Vorschriften entsprechend einzurichten".²⁾ Art.56 Abs.3 Halbs.2 BayJG entbehre der erforderlichen Bestimmtheit, so fährt das Gericht fort, da dessen Formulierung weder den Strafcharakter der Bestimmung noch die Rechtswidrigkeit des Verhaltens in den Wildschutzgebieten klar erkennen lasse. "Eine derartige Unklarheit, die das Recht unberechenbar macht, widerspricht den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit".³⁾ Die Erkennbarkeit einer Strafvorschrift als solcher begreift das Gericht als "rechtsstaatliches Mindesterfordernis"⁴⁾: "Es kann dem Rechtsunterworfenen nicht zugemutet werden, daß er erst auf Grund einer mehrdeutigen Bezugnahme auf Schutzmaßnahmen nicht näher bezeichnete Vorschriften, die eine Reihe von Jahren zurückliegen und noch dazu inzwischen aufgehoben worden sind, zusammensucht, um festzustellen, ob überhaupt und, wenn ja, in welchem Umfang sein Verhalten unter Strafe gestellt ist."⁵⁾

1) BayVerfGHE NF 4, S.90

2) A.a.O., Leits. 3 u. S.103

3) A.a.O., Leits.4

4) A.a.O., S.106

5) A.a.O.

Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Urteil vom 30. Mai 1956¹⁾ diesen Gedanken aufgegriffen und fortgeführt. Zur verfassungsrechtlichen Prüfung standen das erste und zweite Apothekenstoppgesetz²⁾, deren einzige materiellrechtliche Vorschrift übereinstimmend wie folgt lautete:

§ 1: "Bis zum Inkrafttreten einer bundesgesetzlichen Regelung des Apothekenwesens darf die Erlaubnis oder die Berechtigung zur Errichtung einer Apotheke nur auf Grund der Bestimmungen erteilt werden, die am 1. Oktober 1945 in den einzelnen Ländern des Bundesgebietes galten."

Nach dieser Bestimmung, so stellt das Bundesverfassungsgericht fest³⁾, sei dem Rechtsunterworfenen "die Ermittlung dessen, was nach den Apothekenstoppgesetzen Rechtens sein soll ..., ohne Zuhilfenahme spezieller Kenntnisse, die wohl bei den mit der Sache befaßten Verwaltungsbehörden und Gerichten, nicht aber beim Rechtsunterworfenen vorausgesetzt werden können, nicht möglich ..." Daher seien für den Rechtsunterworfenen weder die in Bezug genommenen Bestimmungen klar erkennbar, noch könne er gegebenenfalls deren Inhalt mit hinreichender Sicherheit feststellen; damit sei aber der Inhalt der Apothekengesetze selbst unklar und unbestimmt.⁴⁾ Das Bundesverfassungsgericht kommt unter ausdrücklichem Hinweis auf die vorgenannte Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes zu dem Ergebnis, daß die beiden Apothekengesetze nicht den aus rechtsstaatlichen

1) BVerfGE 5, S.25

2) Gesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 13. Januar 1953 (BGBl I, S.9) (mit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 4. Juli 1953 (BGBl I, S.469) und dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 10. August 1954 (BGBl I, S.256)) und das Zweite Gesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 23. Dezember 1955 (BGBl I, S.840)

3) A.a.O., S.33

4) So das BVerfG a.a.O., S.34

Gründen an ein Gesetz zu stellenden Anforderungen entsprechen und daher nichtig seien: "Wenn ein Gesetz nicht selbst den gesetzlichen Tatbestand festlegt, sondern auf andere Normen verweist, so muß es, um den Anforderungen der Rechtssicherheit zu genügen, für den Rechtsunterworfenen klar erkennen lassen, was Rechtens sein soll."¹⁾

Auch der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat sich dieser Auffassung in einer späteren Entscheidung²⁾ angeschlossen. Dort wurde die Zulässigkeit der Bezugnahme der Verlängerungsgesetze zum Preisgesetz auch auf im Zeitpunkt der Verlängerung seiner Geltungsdauer nicht mehr in Kraft befindliche Normen bejaht: "... ein Gesetz kann für das, was gelten soll, auch auf nicht mehr in Kraft befindliche Normen Bezug nehmen. Notwendig ist nur, daß klar erkennbar ist, welche Bestimmungen Gesetzeskraft haben sollen."³⁾

Dieses von der Rechtsprechung herausgearbeitete Klarheitserfordernis wird bei Maunz-Dürig⁴⁾ ganz allgemein dahin formuliert, daß Gesetze rechtsstaatswidrig seien, "die den Rechtsunterworfenen im Unklaren lassen, was eigentlich rechtens sein soll." "Derartige Gesetze sind rechtsstaatswidrig, weil es unvollkommene Gesetze sind, die sich um den eigentlichen Gesetzes b e f e h l drücken und die Verantwortung verlagern."⁵⁾

Betrachtet man unter diesem Blickwinkel die Änderung vorkonstitutioneller Gesetze durch den Bundesgesetzgeber, so ist die Parallelität der Problematik nicht von der Hand zu weisen. Denkt man nämlich die These von einem jedem Änderungsgesetz anhaftenden Vorbehalt, nur die verfassungskonformen unveränderten Normen verwenden zu wollen, konsequent zu Ende, dann ließe der Gesetzgeber bei jeder Änderung eines alten Gesetzes die Normadressaten im Unklaren,

-
- 1) BVerfG a.a.O., S.31 und fast wörtlich auch Leits.2
 - 2) Beschl. v. 12. November 1958, BVerfGE 8, S.274 (302)
 - 3) BVerfG a.a.O., S.302 f.
 - 4) Rd.-Nr.89 zu Art.20 GG
 - 5) Maunz-Dürig a.a.O.

welche Vorschriften verbindlich sein sollen. Er würde zwar mittels der Änderung eine Anpassung an neue Gegebenheiten bezwecken, aber zugleich die Gültigkeit aller unveränderter Bestimmungen in Zweifel ziehen. Besonders deutlich wird dies im Falle sogenannter "Ausklammerungen", wie sie im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Oktober 1959¹⁾ eine Rolle spielten. Das Bundesverfassungsgericht führte damals aus, der Gesetzgeber habe anläßlich der Erfüllung des Verfassungsauftrages nach Art. 117 GG die §§ 35 JWG und 1707 BGB nicht in seinen Willen aufgenommen, sondern diese seien "ausgeklammert" worden²⁾; es stützte sich auf den Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, worin anläßlich der Beratung des Gleichberechtigungsgesetzes anerkannt wurde, daß zwar rechtliche und soziologische Gründe für eine Reform des Unehelichenrechts sprächen, doch müßte diese einem späteren Gesetz vorbehalten bleiben.³⁾ In ähnlicher Weise haben Bundestag und Bundesrat im Jahre 1956 bei den Beratungen eines Änderungsgesetzes zur Abgabenordnung das Steuerstrafrecht in seiner Gesamtheit nicht gebilligt, sondern wegen rechtsstaatlicher Bedenken seine Reform gewünscht⁴⁾, aber trotz dieser Zweifel eine umfassende Änderung zurückgestellt, und nur das Teiländerungsgesetz verabschiedet.⁵⁾ In beiden Fällen wurde somit den Rechtsunterworfenen bescheinigt, daß die Gültigkeit eines Gesetzes in weiten Teilen zweifelhaft ist und eine unbestimmte Anzahl von Vorschriften eventuell von der Verfassung derogiert waren; dennoch sah man davon ab, klare Verhältnisse zu schaffen und das Bundesverfassungsgericht sanktionierte diese Handlungsweise der Legislative⁶⁾, ohne den naheliegenden Zusammenhang zum Klarheitserfordernis rechtsstaatlicher Normbefehle aufzugreifen.

1) BVerfGE 10, S.129 (132); vgl. dazu auch oben S.52 ff.

2) A.a.O.

3) BT II/1953 zu Drucks. 3409, S.42

4) Vgl. die Entschlüsse des Bundestages vom 21. März 1956, BT-Prot. Bd.28, S.7046 C und des BR vom 20. April 1956, BR-Drucks. 110/56

5) Dazu auch oben S.57 ff.

6) Außer dem zuletzt zitierten Beschluß vgl. die Entscheidung vom 17. Mai 1960, BVerfGE 11, S.126 (136)

Solche Ausklammerungen wie auch ein etwaig zu konstruierender stillschweigender Vorbehalt der Bestätigung in Änderungsgesetzen bewirken aber eine noch stärker ausgeprägte Unklarheit und Rechtsunsicherheit als die vorerwähnten unbestimmten Bezugnahmen des Gesetzgebers, die von der Rechtsprechung für nichtig erklärt worden sind, wobei im übrigen nicht zu übersehen ist, daß in jeder Änderung auch in gewissem Sinne eine Bezugnahme auf das zu ändernde Gesetz steckt. Während bei den zum Klarheitserfordernis ergangenen Entscheidungen die Schwierigkeit für den Betroffenen vor allen Dingen in der Unübersichtlichkeit und Unauffindbarkeit der gewollten Regelung bestand, würde ihm hier gar die Beurteilung verfassungsrechtlicher Probleme zugemutet, welche sonst dem höchsten Gericht vorbehalten sind. Ein solches Ansinnen kann aber mit dem Prinzip der Rechtssicherheit noch weniger vereinbar sein, weil sich der Gesetzgeber hier offensichtlich um den "Gesetzesbefehl drücken" und recht eigentlich die "Verantwortung (auf seine Vorgänger) verlagern" würde.¹⁾

Der stillschweigende Ausschluß der Bestätigung²⁾ des unveränderten Teiles vorkonstitutioneller Gesetze müßte demnach zur Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der Änderungsgesetze führen, denn der Gesetzgeber muß sich nach der eigenen Meinung des Bundesverfassungsgerichts eindeutig darüber erklären, was Rechtens sein soll. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, für den Rechtsunterworfenen mache es keinen Unterschied, ob sich der neue Gesetzgeber zu den formell bereits bestehenden Normen äußert oder nicht, denn die Unklarheit des Normbefehls habe seit Inkrafttreten des Grundgesetzes, speziell des Art.123 Abs.1 GG bestanden, und die Frage der Verfassungsmäßigkeit stelle sich auch bei jedem nachkonstitutionellen Gesetz. Es müssen hier zwei Dinge auseinandergehalten werden: Auf der einen Seite die vom Verfassungsgeber im Zuge des staatspolitischen Umbruchs verantwortete Rechtsunsicherheit, die zur Ver-

1) Vgl. Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 89 zu Art.20 GG

2) Und gleichermaßen der positiv-rechtliche, der zwar praktisch nicht vorkommen wird, aber doch theoretisch denkbar ist.

meidung eines völlig rechtlosen Übergangsstadiums im Jahre 1949 unumgänglich war, auf der anderen Seite die bewußte Aufrechterhaltung dieser Unsicherheit, als welche der Ausschluß der Bestätigungswirkung von Änderungen begriffen werden müßte. Trotz Berücksichtigung der großen Arbeitsüberlastung kann der Gesetzgeber letzterenfalls nicht aus der Verantwortung für die Unklarheit entlassen werden¹⁾, denn seine vornehmste Aufgabe sollte es sein, das alte Recht mit den neuen Ordnungsprinzipien in Einklang zu bringen, um den Bürger so gut wie möglich vor grundgesetzwidrigen Staatsakten zu bewahren. Die verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit einer Äußerung des Bundesgesetzgebers kann an und für sich auch bis zur Bestätigung der Norm durch das Bundesverfassungsgericht bestehen, und doch ist sie nicht vergleichbar mit der Unsicherheit, welche den vor-konstitutionellen Gesetzen bezüglich ihrer Rechtswirksamkeit anhaftet. Während im letzteren Falle der Verfassungsgeber in Art.123 Abs.1 GG sein Mißtrauen niedergelegt hat, spricht für die Akte der rechtsstaatlichen Legislativorgane eine gewisse Vermutung der Verfassungsmäßigkeit.²⁾

Aus eben diesem Grunde erscheint es nicht haltbar, in die Änderungsgesetze einen Vorbehalt der Bestätigung unveränderter Normen zu konstruieren. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers endet dort, wo der Gesetzesbefehl unklar ist und der Unterworfenen nicht mehr absehen kann, welche Anforderungen an sein Verhalten gestellt werden. Wollte der Gesetzgeber folglich über das Änderungsgesetz hinaus diese Rechtsunsicherheit aufrechterhalten, so würde das Änderungsgesetz rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügen und

-
- 1) Insofern löst die Beschäftigung des Gesetzgebers mit einer Materie doch eine - von der generell bestehenden zu unterscheidende - besondere Pflicht aus, "das formell geltende Recht mit der neuen Verfassungswirklichkeit vereinbar zu machen"; anders Maier, NJW 1959, S.182 (183) gegen Oswald, DVBl 1958, S.563 u. Hild.Krüger, Krüger-Bretzke-Nowack, S.106; vgl.auch BVerfGE 11, S.255 (261), wo nur die allgemeine Pflicht des Gesetzgebers, die aus vorkonstitutioneller Zeit überkommene Rechtsordnung mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen, verneint wird.
- 2) Vgl. unten IV.

damit der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit anheimfallen. Ein solches Ergebnis wird mit dem "Willen des Gesetzgebers" nicht in Einklang stehen, wenn davon auszugehen ist, daß er seine Akte nach den grundgesetzlichen Erfordernissen ausrichten will und deshalb die Verfassungsmäßigkeit seines Handelns vermutet werden kann. Bekennt er sich demgemäß anläßlich der Änderung zu den bestehenbleibenden Normen und vermeidet dadurch die Nichtigkeitsfolge, dann nehmen hinfort auch die unberührten Altnormen an der Vermutung der Rechtsgültigkeit teil. Um das Bild abzurunden, muß abschließend noch auf diese Vermutung der Verfassungsmäßigkeit eingegangen werden.

IV. Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischen Handelns

1. Vorab ist auf eine begriffliche Kontroverse hinzuweisen. Wenn hier von einer "Vermutung" die Rede ist, so kann damit nicht die prozeßrechtliche Beweisregel im technischen Sinne gemeint sein, da - wie Fuss mit Recht hervorhebt¹⁾ - es nicht um Tatsachen und Beweise geht. Andererseits kann auch nicht von einem Rechtsschein im eigentlichen Wortsinne gesprochen werden, weil darunter üblicherweise der bloße Schein des Rechts, also gerade der falsche Anschein verstanden wird.²⁾ In Ermangelung einer treffenderen sprachlichen Umschreibung, und weil er sich bereits eingebürgert hat³⁾, soll der Begriff der Vermutung im folgenden beibehalten und im ursprünglichen Sinne des Wortes als einer Mutmaßung oder Wahrscheinlichkeit begriffen werden. Wenn daneben vom Bestehen eines Rechtsscheins gesprochen wird, so geschieht dies aus rein sprachlichen Gründen zur Umschreibung desselben Phänomens.

1) JZ 1959, S.329 (331 Anm.28)

2) So Arndt, NJW 1959, S.2145; dieser Begriff würde folglich nur auf solche Gesetze passen, die zwar formell bestehen, aber materiell wegen Verfassungswidrigkeit nichtig sind.

3) Vgl. dazu die noch folgenden Literaturhinweise.

2. Wenn der Gesetzgeber einen oder mehrere Normbefehle erläßt, dann bringt er einen bestimmten Ordnungswillen zum Ausdruck, welcher den verfassungsrechtlichen Prinzipien entsprechen kann oder mit ihnen unvereinbar ist. Obgleich materiell gesehen die Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit von Anfang an, mit Erlaß des Gesetzes, feststeht, wäre der einzelne Staatsbürger mit der Beantwortung dieser Frage überfordert; für ihn bedarf es eines Spruches des Bundesverfassungsgerichts, dem zwar nur deklaratorische Bedeutung zukommt¹⁾, von dessen Ergehen aber praktisch das Schicksal eines Gesetzes abhängt. Diese letzte Klarheit über Gültigkeit oder Nichtigkeit wird jedoch längst nicht bei allen Gesetzen, bei manchen erst nach einer gewissen Zeitspanne erreicht und es fragt sich deshalb, in welchem Verhältnis der Einzelne zu einem verfassungsgerichtlich nicht geprüften Gesetz steht. Kann er von der Rechtmäßigkeit des Gesetzes ausgehen oder darf er sich darauf nicht verlassen?

In der Literatur stehen sich zwei Meinungen gegenüber: die eine anerkennt die präsumtive Verfassungsmäßigkeit der Legislativakte²⁾, die andere leugnet sie unter Hinweis auf das ihnen anhaftende "demokratische Mißtrauen".³⁾ Hamann beruft sich für die letztere Auffassung auf das Strukturprinzip der Gewaltenteilung und Gewaltentrennung, dessen Sinn es nach Arndt⁴⁾ sei, der erfahrungsmäßigen Neigung der Staatsorgane zur Kompetenzüberschreitung zum Nachteil der Bürger entgegenzuwirken. Von einem "tief verwurzelten Mißtrauen gegen die Macht und die Übermacht" als dem "tragenden Motiv der modernen konstitutionellen Lehre" spricht

1) Arndt, NJW 1959, S.2145 (2147); Bachof, AöR 87, Sl (34); Benz, Bad.-Württ. VerwBl 1960, S.7 m.w.Nachw.

2) Vgl. Apelt, JZ 1951, S.353 (357); Bachof a.a.O., S.46; Maisch, NJW 1959, S.1475 (1476); Maunz-Dürig, Rd.-Nr.63 zu Art.20 GG; im Ergebnis wohl auch Fuss, JZ 1959, S.329 (331)

3) So vor allem Hamann, NJW 1959, S.1465 ff.; ders. schon NJW 1955, S.969, Anm. 3 a.

4) BB 1959, S.533

auch Imboden¹⁾, und van Husen sieht, wie Hamann weiter anführt, in der Gewaltenteilung die "alte christliche Erkenntnis auf der Offenbarungsgrundlage, daß der Mensch zwar wie alle Schöpfung gut, aber durch die Erbsünde in Verstand und Willen getrübt und deshalb fehlsam ist ..." ^{1a)} Zur Begründung zieht Hamann ferner einzelne Vorschriften des Grundgesetzes heran, die nach seiner Auffassung die Lehre vom demokratischen Mißtrauen decken.²⁾ Als "Absage an die idealisierende Vorstellung der präsumtiven Verfassungsmäßigkeit des Handelns der Gesetzgebung"³⁾ werden die Art.93 Abs.2 Nr.2, 94 Abs.2, 100 u. 126 GG verstanden. Art.1 Abs.3 GG wäre an und für sich wegen Art.20 Abs.3 GG entbehrlich gewesen, meint Hamann, die Wiederholung könne folglich nur im Sinne einer "eindringlichen Mahnung der Verfassung" verstanden werden, und die Art.19 Abs.1 Satz 2 und 79 Abs.1 Satz 1 GG hätten den Zweck, das "verfassungsrechtliche Gewissen des Gesetzgebers zu schärfen".

Gerade die Heranziehung und Deutung der letzten Vorschriften der Verfassung bietet Ansätze zu einer Kritik. Die genannten Grundrechtsartikel mögen als Niederschlag eines Mißtrauens des Verfassungsgebers gewertet werden, doch ist damit nicht viel darüber ausgesagt, wie den konkreten Äußerungen des Gesetzgebers zu begegnen ist. Dies hängt in erster Linie von der Wirksamkeit der verfassungsrechtlichen Sicherungen ab, die der Verfassungsgeber aus seinem Mißtrauen heraus errichtet hat. Und in diese Richtung zielt besonders Art.19 Abs.1 Satz 2 GG, der versteckte Grundrechtseinschränkungen verhindern soll. Daneben zeugt sowohl der Wille, das "verfassungsrechtliche Gewissen des Gesetzgebers zu schärfen", als auch die "eindringliche Mahnung" des Art.1 Abs.3 GG davon, daß der Verfassungsgeber solche Ermahnungen nicht für völlig unersprießlich hielt,

1) Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S.7; vgl. dazu auch ders., Die Staatsformen, S.55

1a) AöR 78, S.49 (50). Zum demokratischen Mißtrauen vgl. weiter Jahrreiss, Mensch und Staat, S.105; von Mangoldt-Klein, S.598 m.w. Nachw. und BVerfGE 5, S.85 (198)

2) Hamann, NJW 1959, S.1465 (1467)

3) Hamann a.a.O.

wennsonst er zu drastischeren Mitteln gegriffen und eventuell ein verfassungsrechtliches Prüfverfahren vorgeschaltet hätte.

Hat das Mißtrauen bewirkt, daß das Gesetz kontrollierbar wurde, so folgt daraus noch lange nicht die Regel, daß das Gesetz erst einmal als verfassungswidrig, der Gesetzgeber als bösgläubig anzusehen ist.¹⁾ Wie Apelt²⁾ darlegt, muß man sich von der Triepelschen Vorstellung freimachen, der Staatsbürger müsse vor der Willkür des Gesetzgebers geschützt werden. An der Entstehung eines Bundesgesetzes sind mehrere Organe beteiligt: Bundestag, Bundesrat und Bundespräsident. Apelt³⁾ fragt mit Recht, ob man ernsthaft glauben könne, sämtliche Organe könnten zusammenwirken, um Gesetze zu schaffen, für die kein "vernünftiger Grund" ersichtlich sei. Er hält ferner⁴⁾ der Begründung v. Mangoldt⁵⁾, der Gesetzgeber genieße nicht mehr das Vertrauen der Vergangenheit, entgegen, ob denn das Vertrauen des Volkes in die Rechtsprechung nach den Erfahrungen der NS-Zeit weniger getrübt sei.

Um aber nicht nur die Lehre vom "demokratischen Mißtrauen" ihrerseits in Zweifel zu ziehen, sondern die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit positiv zu untermauern, muß noch etwas tiefer in das verfassungsrechtliche Strukturprinzip der Rechtsstaatlichkeit eingedrungen werden.

Mit Stratenwerth⁶⁾ wird man davon ausgehen können, daß die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit unmittelbar in der staatlichen Autorität wurzelt; "sie besagt nichts anderes, als daß der autoritativen Entscheidung ein - im Verhältnis zum Urteil des Einzelnen - erhöhter Geltungsanspruch zukommt und daß diese Entscheidung eben deshalb im Zweifel verbindlich bleibt."⁷⁾ Stratenwerth weist sodann nach, daß den Akten des rechtsstaatlichen Gesetzgebers diese Autorität.

1) Maunz-Dürig, Rd.-Nr. 63 zu Art.20 GG

2) JZ 1951, S.353 (358)

3) A.a.O.

4) A.a.O.

5) Kmt., zu Art.1 Abs.3, S.45

6) S.110

7) Stratenwerth a.a.O.

in besonderem Maße eignet.¹⁾ Die Staatsgewalt ist an das "materiale Grundprinzip aller Sozialethik"²⁾, die "Achtungswürdigkeit des Menschen"³⁾ gebunden, ohne daß allerdings "alle Tätigkeit des Staates als bloße, an Wertsyllogismen orientierte Exekutive verstanden werden könnte: Es bedarf einer s c h ö p f e r i s c h e n Leistung, um die in der jeweiligen geschichtlichen Situation richtige Ordnung zu finden".⁴⁾ Zu dieser Legitimation der Staatsgewalt muß aber noch ein zweites treten: die präsumtive Legitimität der Entscheidung, die ihrerseits von dem "gesteigerten Vermögen richtig zu entscheiden"⁵⁾ abhängig ist. Im demokratischen Rechtsstaat wächst deshalb dem Gemeinwesen "seine Hoheit, seine Autorität ... durch die Weise der W i l l e n s b i l d u n g zu"⁶⁾, die als schöpferische Leistung "im Austrag und Ausgleich unterschiedlicher Auffassungen vollzogen wird".⁷⁾

Für unser Ausgangsproblem ergibt sich mithin folgendes: Haben die Legislativakte - was auch von der Rechtsprechung, insbesondere von seiten des Bundesverfassungsgerichts anerkannt wird⁸⁾ - die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit für sich, dann erledigen sich die gegen den Lösungsvorschlag denkbaren Einwände. Mit dem Bilde eines "gutgläubigen" Gesetzgebers wäre die bewußte Aufrechterhaltung einer Unklarheit darüber, was rechtens sein soll, unvereinbar. Der hier vertretenen Auffassung, der Gesetzgeber bestätige mit jeder Änderung gleich welcher Art und welchen Umfangs den unveränderten Teil des Gesetzes, kann folglich nicht damit begegnet werden, dem

1) S.99 ff.

2) Stratenwerth, S.104

3) Stratenwerth, S.103; hierin sieht er die gemeinsame Wurzel sowohl der Sicherungen der Grundrechte in Art.1 Abs.3, 19 Abs.1 u. 2, 79 Abs.3 GG, wie der "an sich undemokratischen" Vorschrift des Art.18 GG; dazu auch Kägi, S.64 f.

4) Stratenwerth, S.104

5) S.105

6) Stratenwerth, S.108

7) S.109 f.

8) Vgl. Beschl. des BVerfG v. 7. Mai 1953, BVerfGE 2, S.266 (282) = JZ 1953, S.459 mit Anm. von Dürig; zuletzt der Beschl. v. 16. Juni 1959, BVerfGE 9, S.338 (350); vgl. ferner BFH, BStBl III 1958, S.140 (141), und BStBl III 1959, S.172 (173), sowie OVG Münster, Beschl. v. 8. Juli 1959, DÖV 1960, S.195 (196).

Änderungsgesetz wohne ein Vorbehalt dergestalt inne, daß nur das noch in Kraft befindliche vorkonstitutionelle Recht verwendet werden sollte.

Zugleich ist damit der zweite Einwand¹⁾ entkräftet, der möglicherweise gegen die als Folge der Nichtänderung bezeichnete Verstärkung des Rechtsscheins der Gültigkeit gerichtet werden könnte. Spricht für die Akte des rechtsstaatlichen Gesetzgebers, also hier für die Änderungsgesetze, die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit, dann partizipiert hieran auch der unveränderte Teil der Gesamtregelung. Wie früher dargelegt wurde²⁾, sind für die Gesetzesänderung ein Perpetuierungs- und ein Inkorporierungsmoment kennzeichnend. Dadurch bestätigt der Gesetzgeber - da er die Staatsbürger nicht im unklaren lassen darf - das Bestehen des unveränderten Teiles; jedenfalls muß der im Änderungsgesetz objektiviert zum Ausdruck kommende Wille dahin verstanden werden, daß zumindest momentan weitergehende Änderungen nicht für erforderlich gehalten, das Gesetz als ganzes folglich für verfassungskonform gehalten wird. Diese Willensäußerung, die sich in einem Negativum manifestiert, rechtfertigt deshalb die Zurechnung des Gesamtkomplexes unter die Verantwortung des neuen Gesetzgebers. Etwaige verfassungswidrige Normen sind nicht mehr nur deshalb darin enthalten, weil sie einmal vor Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen wurden, sondern als weitere *condicio sine qua non* ihrer formellen Existenz tritt die Nichtaufhebung anläßlich einer Beschäftigung des Bundesgesetzgebers mit der Materie hinzu. Die Verstärkung des Rechtsscheins der Gültigkeit unveränderter Altnormen ist so eine unmittelbare Folge aus der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischen Handelns; für den bestehen-bleibenden Gesetzesteil muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber bei Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit einer Norm diese modifiziert oder aufgehoben hätte, weil er hierzu nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten verpflichtet ist.

1) Vgl. oben S. 111 f.

2) Oben S. 103 ff.

V. Ergebnis: Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts für alle geänderten vorkonstitutionellen Gesetze

1. Folgt man der soeben aufgezeigten Lösungsmöglichkeit und anerkennt die Rechtsscheinwirkung der Gesetzesänderung als gesetzgeberische Verantwortungsübernahme für den unveränderten Teil des vorkonstitutionellen Normbestandes, so folgt daraus, daß jeder Änderung ungeachtet ihres formellen und materiellen Umfangs¹⁾ die Bestätigung der gesamten überkommenen Altnormen innewohnt, mit der weiteren Konsequenz, daß das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Art.100 Abs.1 GG zur verfassungsrechtlichen Prüfung all derjenigen Gesetze berufen ist, mit denen sich die Legislative unter der Herrschaft des Grundgesetzes einmal beschäftigt hat. Voraussetzung ist nur, daß dieses Beschäftigen mit der Materie in der für das gesetzgeberische Handeln typischen Weise stattgefunden hat, d. h. das Ergebnis muß seinen Niederschlag im Gesetzblatt gefunden haben. Von dem eine Änderungsvorlage nur ablehnenden Beschluß des Plenums geht eine solche Bestätigungswirkung nicht aus²⁾; denn abgesehen davon, daß in solchen Fällen die Merkmale der Dienstbarmachung und Inkorporierung gerade fehlen, kann auch vom Richter nicht mehr verlangt werden, als daß er sich anhand

-
- 1) Auf die Abänderung eines Gesetzes in seinen "wesentlichen Teilen" stellt Paulick, FamRZ 1956, S.47 (49) ab; ähnlich bereits das VG Darmstadt im Vorlagebeschl. v. 7. Juli 1953, NJW 1953, S.1366. Damit würde jedoch erneut ein ausfüllungsbedürftiger Begriff in die Abgrenzung eingeführt, wogegen Sievers, DRiZ 1957, S.78 (79 unter Ziff. VI) mit Recht einwendet, daß die subjektive Wertung des befaßten Richters, ob eine Änderung wesentlich ist oder nicht, im Interesse der Rechtssicherheit nicht gefordert werden sollte (vgl. auch unten Ziff. IV 1). Paulick (a.a.O.) dürfte sich im Übrigen für seine Meinung zu Unrecht auf Hild. Krüger, NJW 1953, S.1737 berufen; an der zitierten Stelle behandelt Frau Krüger solche Gesetze, die nach Inkrafttreten des GG, jedoch vor Zusammentritt des Bundestages erlassen oder geändert wurden (vgl. a.a.O. Anm.4). Was Änderungen des Bundesgesetzgebers angeht, tritt sie gerade dafür ein, das Ausmaß der Änderungen unberücksichtigt zu lassen - vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, S.107.
- 2) Und zwar auch dann nicht, wenn die Änderung nur deshalb abgelehnt wird, weil das alte Recht noch als zweck- und verfassungsmäßig betrachtet wird.

des Gesetzblattes über die Willensäußerungen der Legislative informiert.¹⁾²⁾

2. Vergleicht man dieses Ergebnis mit der Methode des Bundesverfassungsgerichts, so zeigt sich, daß zwar im Umfang der Bestätigungswirkung zwischen beiden Lösungen eine Diskrepanz herrscht, nicht so sehr jedoch im dogmatischen Ansatzpunkt. Ausgehend von Art.123 Abs.1 GG entwickelt das Bundesverfassungsgericht³⁾, wie dargelegt⁴⁾, die These, daß das Grundgesetz mit diesem Artikel auf die Derogation des älteren Rechts durch das jüngere rekurriere, welche Feststellung es objektiv zu treffen gelte⁵⁾; Art.100 Abs.1 GG finde in diesen Fällen deshalb keine Anwendung, weil er (nur) die Autorität der (neuen) Legislative zu schützen habe, und der Richter bei Verwerfung eines vorkonstitutionellen Gesetzes sich nicht über den Willen des Bundesgesetzgebers hinwegsetze.

Dieser Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgerichts wäre unschwer für die vorgeschlagene Lösung fruchtbar zu machen. Stellt man nämlich auf die Gesamtregelung ab, die auch der Gesetzgeber bei der Teiländerung vernünftigerweise im Auge haben muß, und erblickt in der Änderung eine Dienstbarmachung des bestehen-bleibenden Teiles unter Verstärkung des Rechtsscheins seiner Gültigkeit, so ist darin eine Tätigkeit des Gesetzgebers zu sehen, welche die Zurechnung des Gesamtkomplexes unter seine "Verantwortung" im Sinne der "Vorwerfbarkeitstheorie" rechtfertigt. Auch vom Bundesverfassungsgericht wird anerkannt, daß ein Rechtsgeltungswille

1) So auch Sievers, DRiZ 1957, S.78 (79 unter Ziff. V)

2) Insofern ist die Lösung von H.-R. Lange, NJW 1962, S.893 (895 f. unter Ziff.5), der ganz auf den Beschluß der gesetzgebenden Körperschaften abstellt, unklar, da nicht ersichtlich ist, welche Bedeutung einem solchen ablehnenden Beschluß beigemessen wird. Sollte er aber nur einen ausdrücklichen Bestätigungsbeschluß gelten lassen, wofür seine Ausführungen im letzten Absatz sprechen (a.a.O., S.896), so ist damit das Problem keiner Lösung zugeführt, sondern mit dem Ruf nach der Eigenklärung durch den Gesetzgeber erstickt.

3) Urt. v. 24. Februar 1953, BVerfGE 2, S.124 (128 ff.)

4) Vgl. oben S.6 ff.

5) A.a.O., S.130

nicht nur ausdrücklich, sondern auch mittelbar zum Ausdruck gelangen kann¹⁾, nur wird dort die Bestätigungswirkung auf sachlich mit den veränderten eng zusammenhängende unveränderte Normen beschränkt.²⁾ Daß diese Beschränkung weder dogmatisch haltbar noch nach festen Regeln praktisch durchführbar ist, sollte der 2. Abschnitt nachweisen.³⁾ Wenn hier sonach eine Erweiterung der "Vorwerfbarkeitstheorie" vorgeschlagen wird, so geschieht dies im Hinblick darauf, daß beide Lösungen - abgesehen von der dogmatischen Begründung - im Ergebnis lediglich insoweit differieren, als der Einfluß des Änderungsgesetzes auf den Restbestand der alten Normen verschieden weit gefaßt wird.

Die entscheidende Abweichung von der Meinung des Bundesverfassungsgerichts liegt in dem Verzicht auf das Erfordernis der gesetzgeberischen Einzelprüfung, womit das Bundesverfassungsgericht bei jeder vorkonstitutionellen Norm den Nachweis ihrer Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers verlangt⁴⁾; die Aufnahme in den gesetzgeberischen Willen wird von ihm nur dann bejaht, wenn aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen den geänderten und der alten Vorschrift "offensichtlich ist, daß der nachkonstitutionelle Gesetzgeber die alte Vorschrift nicht u n g e p r ü f t übernommen haben kann".⁵⁾ Eine solche Berücksichtigung des konkreten Willens des Gesetzgebers kann, selbst wenn der Wille seit dem Beschluß vom 17. Mai 1960 aufgrund des engen Sachzusammenhangs nurmehr fingiert wird⁶⁾, nicht richtig sein. Gerade die Entscheidung vom 17. Mai 1960 hat gezeigt, daß das Gericht mit seiner These dann in Kalamitäten gerät, wenn

1) Vgl. die früher besprochene (oben S.48 ff.) Entscheidung vom 17. Januar 1957, BVerfGE 6, S.55 (64 ff.)

2) Vgl. Beschl. v. 17. Mai 1960, BVerfGE 11, S.126 (132); dazu oben S.54 ff.

3) Vgl. insbes. oben S.76 ff.

4) Vgl. Leits. 3 der Entscheidung v. 17. Januar 1957, BVerfGE 6, S.55 (65), wo von einer "Willensentscheidung" gesprochen wird, die es festzustellen gilt.

5) Beschl. v. 17. Mai 1960, BVerfGE 11, S.126 (132) (Hervorhebung vom Verf.); vgl. auch oben S.56.

6) Insoweit noch anders BVerfGE 6, S.55 (65 ff.)

zwar ein sachlicher Zusammenhang zwischen alten und neuen Normen gegeben ist, andererseits aber der eindeutige Wille des Gesetzgebers festgestellt werden kann, die Verfassungsmäßigkeit der unveränderten Vorschriften dahingestellt sein zu lassen¹⁾, was im übrigen auch als positive Bestimmung des Änderungsgesetzes denkbar wäre.²⁾ Wenn sich das Gericht in der zitierten Entscheidung im Endeffekt auf die Seite des konkret bekundeten Willens zur Ausklammerung geschlagen hat, so bedeutet das nichts anderes, als daß dem Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt wird, die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts im Einzelfall auszuschließen und damit den Grundrechtsschutz in Anbetracht der nicht auszuschließenden uneinheitlichen Rechtsprechung der Untergerichte erheblich zu relativieren.

B. Die Praktikabilität der Lösung

I. Vorteil der Klarheit

Bereit eingangs des Lösungsversuchs wurde eingeräumt, daß sich die objektive Betrachtung des Phänomens der Gesetzesänderung im Hinblick auf die Bestätigung vorkonstitutioneller Normen nicht bis ins letzte dogmatisch absichern läßt. Im Gegensatz zu der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, deren Begründung sich darüber hinaus als Scheindogmatik erwiesen hat, spricht für die hier vertretene Meinung die Praktikabilität des Ergebnisses. Begreift man jede Teiländerung aus den dargelegten Gründen als Bestätigung des unverändert gebliebenen vorkonstitutionellen Gesetzesteils, so herrscht endlich Klarheit über die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Art. 100 Abs. 1 GG. Vor allen Dingen aber wird es auch für den Prozeßrichter wieder möglich sein, seine Vorlagepflicht eindeutig festzustellen. Die

1) Vgl. oben S. 57 ff.

2) Etwa: "Vorstehende Änderung gilt nicht als Bestätigung des übrigen Teiles des Gesetzes."

meisten modernen Gesetzessammlungen enthalten zu jedem Normenkomplex eine Zusammenstellung der seit Inkrafttreten des Grundgesetzes ergangenen Änderungen, so daß ein Blick hierauf genügt, um die Einordnung des im konkreten Fall anzuwendenden aber verfassungsrechtlich bedenklichen Gesetzes als vor- oder nachkonstitutionell vornehmen zu können. Da jede Änderung ohne Ansehung ihres Inhaltes die Verantwortungsübernahme des neuen Gesetzgebers bewirkt, ist der Prozeßrichter nicht gezwungen, nach einem in seiner Intensität nicht abgrenzbaren engen sachlichen Zusammenhang zwischen veränderten und unveränderten Normen zu forschen.

II. Einzelprobleme

Wenn hier die Auffassung vertreten wird, daß jede Änderung eines vorkonstitutionellen Gesetzes die Bestätigung des gesamten Normenkomplexes bewirkt, dann verlangt dieses Ergebnis noch eine kurze Auseinandersetzung mit praktisch denkbaren Extremfällen. Es ist dabei besonders an die beiden Fälle gedacht, wo in einem Gesetz entweder nur ein einzelnes Wort geändert wird - evtl. ohne Berührung des sachlichen Gehaltes einer Norm - oder wo in einem geänderten Gesetz auf ein noch nicht bestätigtes vorkonstitutionelles Bezug genommen wird. Beispiele der ersteren Art könnte die Grundbuchordnung liefern, wenn an verschiedenen Stellen der Ausdruck "Reichsminister der Justiz"¹⁾ durch "B u n d e s - Minister der Justiz" ersetzt wurde, oder wenn im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch der Begriff "Reichsangehörigkeit" gegen eine "Bundesangehörigkeit" ausgewechselt würde.²⁾ Will man die Lösung konsequent zu Ende führen, so ist auch hier das ganze Gesetz als bestätigt zu betrachten, ja dies wäre es sogar dann, wenn der Bundesgesetzgeber lediglich eine Fristverlängerung vornehmen oder ein Satzzeichen variieren würde.³⁾ Es kann gerne eingeräumt werden, daß diese

1) Vgl. GBO §§ 1 Abs.3; 2 Abs.2; 3 Abs.1; 10 Abs.2 u. 4; 12 Abs.3; 122, 123, 124.

2) Vgl. Art.16, 19, 24 Abs.3 EGBGB; ähnlich auch KO §§ 238 Abs.1 u. 2 ("Deutsches Reich"); KO § 69 ("Reichswährung") und PStG §§ 58 u. 59 ("Reichsminister des Innern")

3) Etwa die Umwandlung eines Punktes oder Kommas in einen Strichpunkt oder umgekehrt.

weitreichenden Folgerungen auf Anhieb überspannt anmuten. Mit der Zulassung von Differenzierungen ginge jedoch unweigerlich die einmal gewonnene Eindeutigkeit der Bestätigung und damit die klare Bestimmbarkeit der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts wieder verloren. Insbesondere der Gedanke der Rechtssicherheit verlangt aber, daß in prozeßrechtlichen Fragen nach Möglichkeit Klarheit geschaffen wird.¹⁾ Außer dem Praktikabilitätsgedanken steht hinter dieser strengen Auffassung wieder die rechtsstaatliche Anforderung an den Gesetzgeber, die Konsequenzen seiner Handlungen zu bedenken.

Zweifelhafter erscheint der zweite oben angesprochene Fall der Bezugnahme eines geänderten Gesetzes auf eine oder mehrere Vorschriften eines anderen, bislang noch nicht bestätigten vorkonstitutionellen Gesetzes. Für eine Bestätigung scheint hier zu sprechen, daß der Gesetzgeber durch die Bezugnahme zu erkennen gibt, daß er auch jenes andere Gesetz, zumindest die zitierten Einzelnormen, als geltend betrachtet, wennsonst er eine neue, den verfassungsrechtlichen Erfordernissen entsprechende Regelung statuieren würde. Dennoch kann nach dem oben Gesagten²⁾ die Bestätigungsfolge nicht eintreten: Perpetuierungs- und Inkorporierungsmoment umfassen nur das gerade geänderte Gesetz; erschiene dem Gesetzgeber die Norm, auf welche Bezug genommen wird, nicht gerecht oder unzweckmäßig, so würde er anlässlich dieser Änderung sicherlich nicht die zitierte Norm abwandeln, sondern es läge näher, für das zur Beratung stehende Gesetz unter Verzicht auf die Arbeitersparnis des Verweises eine Spezialvorschrift zu erlassen. Die Tatsache der Ablehnung einer Bezugnahme wäre dann aber ein Hinweis auf verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der sich sachlich zur Bezugnahme anbietenden Norm. Im übrigen kann man zwar vom Prozeßrichter erwarten, daß er sich über nachkonstitutionelle

1) So auch Klein, DÖV 1957, S.567 (572); Zeidler, Maßnahmegesetz, S.177.

2) Vgl. oben S. 103f.

Änderungen des von ihm anzuwendenden Gesetzes orientiert, doch wäre er sicher überfordert, wollte man ihm zumuten, das gesamte geltende Recht daraufhin zu durchforschen, ob an irgendeiner Stelle vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber auf das von ihm zur Anwendung zu bringende Gesetz Bezug genommen worden ist.

III. Einzige Beschränkung

Von dem Lösungsvorschlag, jede auch noch so geringwertige Teiländerung als Bestätigung des gesamten alten Gesetzes zu begreifen, könnte u. U. eine Ausnahme gemacht werden. Schon Sievers¹⁾ hat angeregt, die umfassende Bestätigungswirkung nur dann eintreten zu lassen, wenn sich das Änderungsgesetz auf eine "übersehbare Materie" bezieht. Um allen vermeidbaren Schwierigkeiten und Unklarheiten aus dem Wege zu gehen, soll hier jedoch nicht auf die Überschaubarkeit der jeweiligen Rechtsmaterie abgestellt werden, denn dieser Begriff wäre nicht ohne weiteres zu präzisieren. Es ist indessen auch bei Sievers offensichtlich, welche Fälle von dieser allgemeinen Formulierung erfaßt sein sollen, und wann die Bestätigungswirkung der Teiländerung begrenzt sein soll: Es sind damit Kodifikationen wie beispielsweise das Bürgerliche Gesetzbuch, die Reichsabgabenordnung etc.²⁾ gemeint. Die Änderung von familienrechtlichen Vorschriften hat demnach nur die Bestätigung des 4. Buches des BGB zur Folge³⁾, ebenso wie aus der Modifizierung des Steuerstrafrechts nicht die Bestätigung der sachlichen Grundlagen des Abgabenrechts hergeleitet werden kann.

Diese Einschränkung ist aus folgendem Grund angebracht: Es ist oft keinerlei Notwendigkeit für die Verbindung verschiedener Sachkomplexe unter einer gemeinsamen Überschrift zu einem einheitlichen Gesetzeswerk ersichtlich. So wären das Familienrecht, das Erbrecht oder das Steuerstrafrecht

1) DRiZ 1957, S.78 (79)

2) Vgl. Sievers a.a.O.

3) Anders wohl Bosch, FamRZ 1957, S.189 (191)

unschwer als selbständige Gesetze denkbar, wie auch umgekehrt die Einfügung des Ehegesetzes in den Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches möglich gewesen wäre. Die Gründe für die Schaffung von Kodifikationen sind vielfältig; sie wurzeln nicht zuletzt in den jeweiligen staatsrechtlichen Anschauungen und Zielsetzungen. Von da her mag die Zusammenfassung zwar verständlich sein, doch ist sie nicht sachlich zwingend. Fordert man aber vom Gesetzgeber, daß er bei Teiländerungen eines Rechtsgebietes die unveränderten Normen bei Überzeugung der Verfassungswidrigkeit aufhebt, so ist dieses Postulat in der engen Sachbezüglichkeit eines in sich geschlossenen Normenkomplexes begründet, in Anbetracht dessen der gesetzgeberische Wille als auf die Gesamtregelung hingerrichtet interpretiert werden muß.¹⁾ Bei Kodifikationen besteht jedoch, wie gerade am Beispiel des Bürgerlichen Gesetzbuches deutlich wird, die sachliche Verflechtung oft nur innerhalb ihrer Teilgebiete. So sind das 4. und 5. Buch des BGB weitgehend unabhängig von Schuld- und Sachenrecht²⁾, und beide würden durch Herauslösen aus dem größeren Rahmen in ihrer sachlichen Geschlossenheit keine Einbuße erleiden, während andererseits die gegenseitige Abhängigkeit von Allgemeinem Teil und Schuldrecht intensiver ist. Jedenfalls kann man vom Gesetzgeber nicht verlangen, daß er eine Erbrechtsänderung zum Anlaß nimmt, das 2. oder 3. Buch des BGB auf seine Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.³⁾

Die praktische Bedeutung dieser Einschränkung ist indes gering, da die neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch wichtigsten Kodifikationen zwischenzeitlich insgesamt

1) Vgl. auch oben S.102 ff.

2) Bezugnahmen auf die vorhergehenden drei Bücher überschreiten jenes Maß wohl noch nicht, das auch zwischen selbständigen Einzelgesetzen oft gegeben ist.

3) Im übrigen hat diese Einschränkung für das BGB nurmehr theoretische Bedeutung, da durch die 13 Änderungsgesetze seit Inkrafttreten des GG in allen 5 Büchern Änderungen vorgenommen wurden und damit das gesamte bürgerliche Recht als nachkonstitutionell zu betrachten ist; im Ergebnis ebenso Hild. Krüger, Krüger-Breetzke-Nowack, S.107.

bestätigt wurden, und zwar die Zivilprozeßordnung und die Strafprozeßordnung ausdrücklich¹⁾, Reichsabgabenordnung und Reichsversicherungsordnung mittelbar im Wege vielfältiger Änderungen seit Inkrafttreten des Grundgesetzes.

Zusammenfassung und Ausblick

1. Die Arbeit ist als Beitrag zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gedacht. Ausgehend von der restriktiven Interpretation des Art.100 Abs.1 GG durch das Bundesverfassungsgericht im Sinne einer Beschränkung seiner Verwerfungskompetenz auf nachkonstitutionelles Recht ist ihr Hauptanliegen die sich aus Gesetzesänderungen ergebende Abgrenzungsproblematik zwischen vor- und nachkonstitutionellen Normen. Hier sollte der Versuch gemacht werden nachzuweisen, daß das Problem mit dem vom Bundesverfassungsgericht geschaffenen Abgrenzungsmittel (Aufnahme der Altnormen in den Willen des neuen Gesetzgebers) nicht zu lösen ist. Der gesetzgeberische Bestätigungswille ist im Wege der Gesetzesinterpretation nicht in den Griff zu bekommen: Ebenso wie die subjektiv-historische Methode, deren Ergebnisse aufgrund einer Mehrdeutigkeit unzuverlässig sind, führt auch die Auslegung nach den Grundsätzen der objektiven Theorie nicht zu einer eindeutigen Feststellung der mittelbaren Bestätigung. Die verfassungsrechtliche Prüfung der Altnormen findet keinen Niederschlag im Gesetzestext. In Ermangelung dieses natürlichen Ansatzpunktes wird mit dem engen Sachzusammenhang zwischen vor- und nachkonstitutionellen Normen auf eine einheitliche Gesetzessystematik reflektiert, die den tatsächlichen Gegebenheiten gleichermaßen widerspricht wie die vom Bundesverfassungsgericht vorausgesetzte notwendige Konnexität zwischen Sachbezüglichkeit und verfassungsrechtlicher Prüfung der vorgefundenen Normen. Hinzu kommt die Unpraktikabilität des Begriffes "enger Sachzusammenhang", welcher

1) Vgl. oben S.62 f.

selbst zwar abgrenzungsbedürftig, aber nicht -fähig ist und deshalb notgedrungenermaßen eine für das Prozeßrecht (Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts) untragbare Kasuistik nach sich zieht.

Der Grund für das Scheitern der Auslegungsgrundsätze wird in einem methodischen Fehlgriff gesehen. Die Frage nach der mittelbaren Bestätigung betrifft nämlich nicht die Präzisierung der Sachregelung im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Gesetze, sie beinhaltet vielmehr die Erforschung eines Bekenntnisses zu vorgefundenen Regelungen. Das Instrument der Gesetzesinterpretation wird aber herkömmlicherweise erst dort angesetzt, wo das "Ob" des Rechtssetzungswillens zweifelsfrei und lediglich das "Was" ausfüllungsbedürftig ist.

Im eigenen Lösungsversuch wird deshalb die Basis der Gesetzesauslegung verlassen und der Blick auf den gesetzgeberischen Zweck der Änderung gerichtet. Er wird dahin verstanden, daß mit dem Änderungsgesetz eine Aktualisierung der Gesamtregelung erreicht werden und folglich das ganze Gesetz in der durch das Änderungsgesetz erlangten Fassung gelten soll. Bereits mit dieser summarischen Anerkennung der Existenz ist der geänderte Normenkomplex in den Verantwortungsbereich des nachkonstitutionellen Gesetzgebers gerückt. Der Nachweis der Einzelprüfung und -bestätigung erscheint aus dem Grunde verzichtbar, weil der Gesetzgeber nicht nur gehalten ist, kein verfassungswidriges neues Recht zu setzen, sondern auch eine generelle Verpflichtung besteht, bei Überzeugung der Verfassungswidrigkeit das alte Recht zu ändern. Da im Rechtsstaat den Legislativakten die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit innewohnt, kann die Tatsache der Nichtänderung nur dahin gedeutet werden, daß der Gesetzgeber insoweit keine ernsthaften verfassungsrechtlichen Bedenken hatte. Der hier propagierten Änderungspflicht kann nicht mit der Konstruktion begegnet werden, der Gesetzgeber lasse die Gültigkeit des unveränderten Gesetzesteiles dahingestellt. Der Gestaltungsspielraum des

Gesetzgebers findet an den materialen Ordnungsprinzipien der Verfassung seine Grenze, und ein Gesetz wäre rechtsstaatswidrig, wenn es die Normadressaten darüber im unklaren lassen wollte, was Rechtens sein soll. So erheischen letztlich die Erfordernisse der Rechtssicherheit und auch der Rechtseinheit eine umfassende Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts für all jene Gesetze, die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes vom Bundesgesetzgeber in irgendeiner Form modifiziert wurden.

2. Die Behandlung der Bestätigung vorkonstitutioneller Gesetze erschien zum gegenwärtigen Zeitpunkt gerechtfertigt, da die einschlägige Rechtsprechung wohl als gefestigt betrachtet werden kann, und grundlegende Änderungen nicht mehr zu erwarten stehen. Auch der Gesetzgeber hat sich einer Stellungnahme zu der hier behandelten Problematik entzogen, obwohl das "Gesetz über die Sammlung des Bundesrechts"¹⁾ dazu hinreichend Anlaß geboten hätte. Durch dieses Gesetz wird der Bundesminister der Justiz in Zusammenarbeit mit den Ländern ersucht, das gesamte geltende Bundesrecht zum Zwecke der Rechtsbereinigung zusammenzustellen²⁾, um es dann in einem besonderen Teil des Bundesgesetzblattes (Teil III) zu veröffentlichen. In § 3 Abs.1 dieses Gesetzes wird bestimmt, daß die nicht in die Sammlung aufgenommenen Rechtsvorschriften in einem durch das Abschlußgesetz zu bestimmenden Tag außer Kraft treten sollen. Hier hätte also die Möglichkeit bestanden, mit der Nennung vorkonstitutionellen Rechts die Meinung über dessen Gültigkeit zu äußern. § 3 Abs.4 enthält jedoch den Vorbehalt, daß ungültige Vorschriften durch Aufnahme in die Sammlung nicht gültig werden, womit dem Aufnahmeakt die Wirkung als Rechtssetzung abgesprochen wird, und er für das vorkonstitutionelle Recht

1) Vom 10. Juli 1958, BGBl I, S.437

2) Nach § 1 des Gesetzes unterliegen der Rechtsbereinigung: Das Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Bundes, das Reichsgesetzblatt und das Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, das Bundesgesetzblatt und das Ordnungsblatt für die britische Zone.

nicht als Bestätigung des Gesetzgebers betrachtet werden kann. Es wäre einer besonderen Untersuchung wert, ob der Bundesgesetzgeber mit diesem Vorbehalt nicht bereits gegen das Klarheitserfordernis¹⁾ verstossen hat. Wie dem auch sei, in jedem Falle ist von seiten des Gesetzgebers keine Entscheidung über das Problem der mittelbaren Bestätigung abzusehen, so daß es Aufgabe der Rechtslehre sein wird, diese Frage abzuklären. Die vorstehende Arbeit hätte ihren Zweck erreicht, wenn durch sie die Diskussion um die Bedeutung einer Änderung vorkonstitutionellen Rechts durch den nachkonstitutionellen Gesetzgeber aufs neue in Gang käme.

1) Vgl. oben S.129 ff.

Lebenslauf

Am 24. Juni 1936 wurde ich, Willy Maier, als Sohn des heutigen Vertriebsleiters Friedrich Maier und seiner Ehefrau Emmy geborene Hermann, in Radolfzell a. B. geboren. Nach dem Besuch der Volksschule trat ich im Herbst 1947 in das dortige Gymnasium ein und legte im Frühjahr 1956 am Kepler-Gymnasium in Freiburg i. Br., wohin ich zwei Jahre zuvor mit meinen Eltern verzogen war, die Reifeprüfung ab. Im Sommersemester 1956 begann ich an der Universität Freiburg i. Br. mit dem Studium der Rechtswissenschaft, das ich an der Universität München fortsetzte, um es dann nach insgesamt acht Semestern an der Universität Freiburg i. Br. zum Abschluß zu bringen. Am 28. Juni 1960 bestand ich vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Freiburg i. Br. die Erste Juristische Staatsprüfung. Seit 15. Juli 1960 bin ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg im Bezirk des Landgerichts Freiburg i. Br. tätig. Am 28. August 1962 verheiratete ich mich mit der Hauptlehrerin Lore Weber aus Freiburg i. Br.

